**Deutscher Bundestag** **Drucksache 14/8769**

**14. Wahlperiode** 11. 04. 2002

# Gesetzentwurf

**der Bundesregierung**

## Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)

### A. Problem und Ziel

Ziel des Entwurfs ist die weitere Reform des Aktien- und Bilanzrechts sowie die Umsetzung von Empfehlungen der Regierungskommission „Corporate Governance" vom 10. Juli 2001. Damit sollen die Vorschriften zur Transparenz und Publizität im Gesellschaftsrecht, im aktienrechtlichen Teil in Fortführung der Gesetzgebungsvorhaben KonTraG, NaStraG und auch ERJuKoG, verbessert werden, um eine – modernen internationalen Standards angepasste – Unternehmensführung und -kontrolle sicherzustellen.

Der Abschlussbericht der Regierungskommission „Corporate Governance" lässt sich in die Empfehlungen an eine Kodex-Kommission für Deutschland und Empfehlungen an den Gesetzgeber gliedern. Die Bundesministerin der Justiz hat am 6. September 2001 die Kommission „Deutscher Kodex Corporate Governance" unter Leitung von Dr. Gerhard Cromme eingesetzt. Die von dieser Kommission entwickelten Verhaltensregeln werden bis Frühjahr 2002 erwartet. Mit dem vorliegenden Entwurf eines Transparenz- und Publizitätsgesetzes wird die Arbeit dieser Kodex-Kommission begleitet. Es soll dazu im Aktiengesetz eine neue Verpflichtung zu einer „Entsprechenserklärung" der börsennotierten Gesellschaften geschaffen werden, die nur gesetzlich geregelt werden kann.

Ferner werden zahlreiche weitere Vorschriften zur besseren Informationsversorgung des Aufsichtsrats, zur Zulassung neuer Kommunikationsmedien im Gesellschaftsrecht, zur Deregulierung und zu einer eingehenderen Berichterstattung im Konzernabschluss kapitalmarktorientierter Unternehmen vorgeschlagen. Wegen des herannahenden Endes der Wahlperiode war allerdings eine komplette Umsetzung der Empfehlungen der Regierungskommission nicht mehr möglich. Der vorliegende Entwurf enthält deshalb lediglich eine Auswahl der Empfehlungen der Regierungskommission „Corporate Governance" sowie des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC e. V.).

### B. Lösung

Die neuen Regelungen betreffen thematisch mit Schwerpunkt den Aufsichtsrat und die Informationsversorgung des Aufsichtsrats. Sie greifen aber auch weitere Vorschläge aus dem umfangreichen Empfehlungskatalog der Regierungskommission „Corporate Governance" heraus. Es geht dabei vor allem um Deregulierungen im Bereich Finanzierung, Hauptversammlung und Information der Aktionäre. Dazu soll das Aktiengesetz geändert werden (Artikel 1). Insbesondere soll in § 161 AktG die Verpflichtung der börsennotierten Unternehmen zur

Abgabe einer so genannten Entsprechenserklärung festgeschrieben werden, in der die Gesellschaften bekennen müssen, ob sie den von der Kodex-Kommission erarbeiteten Verhaltenskodex beachten oder nicht.

Zu den Bereichen der Rechnungslegung und Abschlussprüfung schlägt der Entwurf Neuregelungen vor, die zum Teil auf Empfehlungen der Regierungskommission beruhen und insbesondere zum Schutz der auf dem Kapitalmarkt investierenden Anleger maßvoll erweiterte Publizitätsanforderungen an kapitalmarktorientierte Unternehmen stellen. Dazu sollen die Vorschriften zur Rechnungslegung im HGB entsprechend geändert werden (Artikel 2). Darüber hinaus werden die Mitwirkungsaufgaben des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Finalisierung des Konzernabschlusses erweitert (insbesondere Artikel 1 Nr. 18).

Einige Änderungen anderer Bundesgesetze dienen der Vervollständigung der Regelungen (Artikel 3).

### C. Alternative

Keine

### D. Finanzielle Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte

Durch das Gesetz entstehen Bund und Ländern keine Kosten.

### E. Sonstige Kosten

Für die Wirtschaft werden durch die erweiterte Ermöglichung der Nutzung neuer Medien und die Vereinfachung der Gründungsprüfung geringfügige Einsparungen eintreten. Durch vermehrte Unterrichtungspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat sowie zusätzliche Angabepflichten im Konzernabschluss können wiederum geringfügige Mehrkosten für die Unternehmen entstehen, die jetzt jedoch noch nicht bezifferbar sind. Eine Auswirkung des Gesetzentwurfs auf Einzelpreise, Preisniveau und Verbraucherpreisniveau ist nicht zu erwarten.

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**
**DER BUNDESKANZLER**

Berlin, den 10 .April 2002

Herrn
Wolfgang Thierse
Präsident des
Deutschen Bundestages
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

> Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 774. Sitzung am 22. März 2002 gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf wie aus Anlage 2 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

**Anlage 1**

# Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

## Artikel 1

## Änderung des Aktiengesetzes

Das Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. In § 25 Satz 1 wird nach den Wörtern „in den“ das Wort „elektronischen“ eingefügt.

2. § 33 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

   „(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 und 2 kann der beurkundende Notar (§ 23 Abs. 1 Satz 1) die Prüfung im Auftrag der Gründer vornehmen; die Bestimmungen über die Gründungsprüfung finden sinngemäße Anwendung. Nimmt nicht der Notar die Prüfung vor, so bestellt das Gericht die Gründungsprüfer. Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig.“

3. § 58 wird wie folgt geändert:

   a) In Absatz 2 Satz 2 werden die Wörter „, bei börsennotierten Gesellschaften nur eines größeren Teils“ gestrichen.

   b) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

      „(5) Sofern die Satzung dies vorsieht, kann die Hauptversammlung auch eine Sachausschüttung beschließen.“

4. § 86 wird aufgehoben.

5. § 90 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

      aa) In Satz 1 Nr. 1 werden nach dem Wort „Personalplanung“ und der darauf folgenden Klammer folgende Wörter eingefügt „, wobei auf Abweichungen von früher berichteten Zielen unter Angabe von Gründen einzugehen ist“.

      bb) Nach Absatz 1 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

      „Ist die Gesellschaft Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs), so hat der Bericht auch auf Tochterunternehmen und auf Gemeinschaftsunternehmen (§ 310 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs) einzugehen.“

   b) In Absatz 3 Satz 2 wird das Semikolon und werden die Wörter „lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nur verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt“ gestrichen.

   c) Dem Absatz 4 wird folgender Satz angefügt:

      „Sie sind möglichst rechtzeitig und, mit Ausnahme des Berichts nach Absatz 1 Satz 3, in der Regel in Textform zu erstatten.“

   d) In Absatz 5 Satz 2 wird das Wort „schriftlich“ durch die Wörter „in Textform“ ersetzt.

6. In § 90 Abs. 5 Satz 2, § 170 Abs. 3 Satz 2 und § 314 Abs. 1 Satz 2 wird jeweils das Wort „auszuhändigen“ durch die Wörter „zu übermitteln“ ersetzt.

7. Dem § 107 Abs. 3 wird folgender Satz angefügt:

   „Dem Aufsichtsrat ist regelmäßig über die Arbeit der Ausschüsse zu berichten.“

8. § 110 wird wie folgt geändert:

   a) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

      „(2) Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe einer Tagesordnung selbst den Aufsichtsrat einberufen.“

   b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

      „(3) Der Aufsichtsrat muss zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten. In nichtbörsennotierten Gesellschaften kann der Aufsichtsrat beschließen, dass eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist.“

9. In § 111 Abs. 4 Satz 2 werden die Wörter „kann jedoch“ durch die Wörter „hat jedoch zu“ ersetzt.

10. Dem § 116 wird folgender Satz angefügt:

    „Die Aufsichtsratsmitglieder sind insbesondere zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet.“

11. § 118 wird wie folgt geändert:

    a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

       „Die Satzung kann jedoch bestimmte Fälle vorsehen, in denen die Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen darf.“

    b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

       „(3) Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs. 1 kann bestimmen, dass die Hauptversammlung in Ton und Bild übertragen werden darf.“

12. In § 125 Abs. 1 Satz 1 werden die Wörter „und etwaige Anträge“ gestrichen.

13. § 126 wird wie folgt geändert:

    a) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Anträge von Aktionären brauchen den anderen Aktionären nur zugänglich gemacht zu werden, wenn der Aktionär spätestens eine Woche vor dem Tage der Hauptversammlung der Gesellschaft einen Gegenantrag gegen einen Vorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat zu einem bestimmten Punkt der Tagesordnung mit Begründung an die in der Einberufung hierfür mitgeteilte Adresse übersandt hat."

b) In Absatz 2 wird jeweils das Wort „mitgeteilt" durch die Wörter „zugänglich gemacht" ersetzt.

14. Dem § 131 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Auskunftspflicht des Vorstands eines Mutterunternehmens (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) in der Hauptversammlung, der der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht vorgelegt werden, erstreckt sich auch auf die Lage des Konzerns und der in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmen."

15. Die Überschrift zum Ersten Abschnitt des Fünften Teils des Ersten Buchs wird wie folgt gefasst:

„Erster Abschnitt.
Jahresabschluss und Lagebericht.
Entsprechenserklärung."

16. Folgender § 161 wird eingefügt:

„§ 161
Erklärung zum Corporate Governance Kodex

Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemachten Verhaltensempfehlungen der Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung entsprochen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet werden. Die Erklärung ist den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen."

17. In § 170 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Bei Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) gilt Satz 1 entsprechend für den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht."

18. § 171 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird die Angabe „im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuchs" durch die Angabe „(§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs)" ersetzt.

bb) In Satz 2 werden nach dem Wort „Jahresabschluss" die Wörter „oder der Konzernabschluss" eingefügt.

b) In Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) finden die Sätze 3 und 4 entsprechende Anwendung auf den Konzernabschluss."

c) In Absatz 3 Satz 3 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgender Halbsatz wird angefügt:

„bei Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) gilt das Gleiche hinsichtlich des Konzernabschlusses."

19. In § 173 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

„Hat der Aufsichtsrat eines Mutterunternehmens (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) den Konzernabschluss nicht gebilligt, so entscheidet die Hauptversammlung über die Billigung."

20. In § 174 Abs. 2 Nr. 2 werden nach dem Wort „Betrag" die Wörter „oder Sachwert" eingefügt.

21. § 175 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 wird nach dem Wort „Bilanzgewinns" die Angabe „, bei einem Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) auch zur Entgegennahme des vom Aufsichtsrat gebilligten Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts," eingefügt.

b) In Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei einem Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) gelten die Sätze 1 und 2 auch für den Konzernabschluss, den Konzernlagebericht und den Bericht des Aufsichtsrats hierüber."

c) Absatz 3 Satz 1 wird wie folgt gefasst:

„Hat die Hauptversammlung den Jahresabschluss festzustellen oder hat sie über die Billigung des Konzernabschlusses zu entscheiden, so gelten für die Einberufung der Hauptversammlung zur Feststellung des Jahresabschlusses oder zur Billigung des Konzernabschlusses und für die Auslegung der Vorlagen und die Erteilung von Abschriften die Absätze 1 und 2 sinngemäß."

d) In Absatz 4 wird folgender Satz angefügt:

„Bei einem Mutterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs) gilt Satz 1 für die Erklärung des Aufsichtsrats über die Billigung des Konzernabschlusses entsprechend."

22. § 186 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der Vorstand hat den Ausgabebetrag oder die Grundlagen für seine Festlegung und zugleich eine Bezugsfrist gemäß Absatz 1 in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Sind nur die Grundlagen der Festlegung angegeben, so hat er spätestens drei Tage vor Ablauf der Bezugsfrist den Ausgabebetrag in den Gesellschaftsblättern und über ein elektronisches Informationsmedium bekannt zu machen."

23. § 207 Abs. 3 wird aufgehoben; der bisherige Absatz 4 wird Absatz 3.

24. Die Überschrift des Dritten Unterabschnitts des Dritten Abschnitts des Sechsten Teils des Ersten Buchs wird wie folgt gefasst:

„Dritter Unterabschnitt.
Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien.
Ausnahme für Stückaktien."

25. In § 237 Abs. 3 wird nach der Nummer 2 der Punkt durch das Wort „oder" ersetzt und folgende Nummer 3 angefügt:

„3. Stückaktien sind und der Beschluss der Hauptversammlung bestimmt, dass sich durch die Einziehung der Anteil der übrigen Aktien am Grund-

kapital gemäß § 8 Abs. 3 erhöht; wird der Vorstand zur Einziehung ermächtigt, so kann er auch zur Anpassung der Angabe der Zahl in der Satzung ermächtigt werden.“

26. § 337 wird aufgehoben.

27. § 404 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden nach den Wörtern „einem Jahr“ die Wörter „, bei börsennotierten Gesellschaften bis zu zwei Jahren,“ eingefügt.

b) In Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „zwei Jahren“ die Wörter „, bei börsennotierten Gesellschaften bis zu drei Jahren,“ eingefügt.

## Artikel 2

## Änderung des Handelsgesetzbuchs

Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch … , wird wie folgt geändert:

1. § 285 wird wie folgt geändert:

a) In Nummer 9 Buchstabe a werden in der Klammerangabe nach dem Wort „Bezugsrechte“ die Wörter „und sonstige aktienbasierte Vergütungen“ eingefügt.

b) Nach der Nummer 15 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgende Nummer 16 wird angefügt:

„16. dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist.“

2. § 286 Abs. 3 Satz 3 wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Satz 1 Nr. 2 findet keine Anwendung, wenn eine Kapitalgesellschaft einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihr oder einem ihrer Tochterunternehmen (§ 290 Abs. 1, 2) ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes in Anspruch nimmt oder wenn die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt worden ist. Im Übrigen ist die Anwendung der Ausnahmeregelung nach Satz 1 Nr. 2 im Anhang anzugeben.“

3. § 291 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Befreiung nach Absatz 1 kann trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Absatz 2 von einem Mutterunternehmen nicht in Anspruch genommen werden, wenn

1. das Mutterunternehmen oder eines seiner Tochterunternehmen eine Aktiengesellschaft ist, deren Aktien zum Handel im amtlichen Markt zugelassen sind, oder

2. Gesellschafter, denen bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mindestens zehn vom Hundert und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindestens zwanzig vom Hundert der Anteile an dem zu befreienden Mutterunternehmen gehören, spätestens sechs Monate vor dem Ablauf des Konzerngeschäftsjahrs die Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts beantragt haben. Gehören dem Mutterunternehmen mindestens neunzig vom Hundert der Anteile an dem zu befreienden Mutterunternehmen, so kann Absatz 1 nur angewendet werden, wenn die anderen Gesellschafter der Befreiung zugestimmt haben.“

4. § 297 Abs. 1 Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Nimmt ein Mutterunternehmen einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihm oder einem seiner Tochterunternehmen ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes in Anspruch oder ist die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt worden, so besteht der Konzernabschluss außerdem aus einer Kapitalflussrechnung, einer Segmentberichterstattung sowie einem Eigenkapitalspiegel.“

5. In § 298 Abs. 1 wird das Zitat „die §§ 244 bis 256, §§ 265, 266, 268 bis 275, §§ 277 bis 283“ durch das Zitat „die §§ 244 bis 247 Abs. 1 und 2, §§ 248 bis 253, §§ 255, 256, 265, 266, 268 bis 272, 274, 275, 277 bis 279 Abs. 1, § 280 Abs. 1, §§ 282 und 283“ ersetzt.

6. § 299 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Konzernabschluss ist auf den Stichtag des Jahresabschlusses des Mutterunternehmens aufzustellen.“

7. § 301 Abs. 1 Satz 4 wird aufgehoben.

8. § 304 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird aufgehoben.

b) Absatz 3 wird neuer Absatz 2; in ihm wird das Wort „außerdem“ gestrichen.

9. § 308 Abs. 3 wird aufgehoben.

10. Dem § 313 Abs. 3 wird folgender Satz angefügt:

„Satz 1 gilt nicht, wenn ein Mutterunternehmen einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihm oder einem seiner Tochterunternehmen ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 des Wertpapierhandelsgesetzes in Anspruch nimmt oder wenn die Zulassung solcher Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt beantragt worden ist.“

11. § 314 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Nummer 5 wird aufgehoben.

bb) In Nummer 6 Buchstabe a werden in der Klammerangabe nach dem Wort „Bezugsrechte“ die Wörter „und sonstige aktienbasierte Vergütungen“ eingefügt.

cc) In Nummer 7 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgende Nummer 8 wird angefügt:

„8. für jedes in den Konzernabschluss einbezogene börsennotierte Unternehmen, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist.“

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Mutterunternehmen, die den Konzernabschluss um eine Segmentberichterstattung gemäß § 297 Abs. 1 zu erweitern haben oder dies freiwillig tun, sind von der Angabepflicht gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 3 befreit.“

12. Dem § 316 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

„Hat keine Prüfung stattgefunden, so kann der Konzernabschluss nicht gebilligt werden.“

13. In § 317 Abs. 4 werden die Wörter „Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im amtlichen Markt zugelassen sind“ durch die Wörter „börsennotierten Aktiengesellschaft“ ersetzt.

14. § 321 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 wird wie folgt gefasst:

„Außerdem hat der Abschlussprüfer über bei Durchführung der Prüfung festgestellte Unrichtigkeiten oder Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften sowie Tatsachen zu berichten, die den Bestand des geprüften Unternehmens oder des Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder die Satzung erkennen lassen.“

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Im Hauptteil des Prüfungsberichts ist festzustellen, ob die Buchführung und die weiteren geprüften Unterlagen, der Jahresabschluss, der Lagebericht, der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht den gesetzlichen Vorschriften und den ergänzenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung entsprechen. In diesem Rahmen ist auch über Beanstandungen zu berichten, die nicht zur Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks geführt haben, soweit dies für die Überwachung der Geschäftsführung und des geprüften Unternehmens von Bedeutung ist. Es ist auch darauf einzugehen, ob der Abschluss insgesamt unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns vermittelt. Dazu ist auch auf wesentliche Bewertungsgrundlagen sowie darauf einzugehen, welchen Einfluss Änderungen in den Bewertungsgrundlagen einschließlich der Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten und der Ausnutzung von Ermessensspielräumen sowie sachverhaltsgestaltende Maßnahmen insgesamt auf die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage haben. Hierzu sind die Posten des Jahres- und des Konzernabschlusses aufzugliedern und ausreichend zu erläutern, soweit diese Angaben nicht im Anhang enthalten sind. Es ist darzustellen, ob die gesetzlichen Vertreter die verlangten Aufklärungen und Nachweise erbracht haben.“

15. § 325 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Jahresfehlbetrags“ die Wörter „sowie die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung“ eingefügt.

b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden nach dem Wort „Konzernlagebericht“ die Wörter „sowie den Bericht des Aufsichtsrats“ eingefügt.

bb) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Ist die Berichterstattung des Aufsichtsrats über Konzernabschluss und Konzernlagebericht in einem nach Absatz 2 Satz 1 erster Halbsatz in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 zweiter Halbsatz offen gelegten Bericht des Aufsichtsrats enthalten, so kann die Bekanntmachung des Berichts nach Satz 1 durch einen Hinweis auf die frühere oder gleichzeitige Bekanntmachung nach Absatz 2 Satz 1 erster Halbsatz ersetzt werden.“

16. In § 341 Abs. 4 Satz 2 werden nach dem Wort „Arbeitnehmern“ die Wörter „und Arbeitgebern“ eingefügt.

17. § 341j Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) § 304 Abs. 1 braucht nicht angewendet zu werden, wenn die Lieferungen oder Leistungen zu üblichen Marktbedingungen vorgenommen worden sind und Rechtsansprüche der Versicherungsnehmer begründet haben.“

## Artikel 3
## Änderung sonstigen Bundesrechts

(1) Nach dem Siebzehnten Abschnitt des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche, in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4101-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch … [Artikel 1 des Entwurfs eines Altfahrzeuggesetzes, Bundesratsdrucksache 1075/01] geändert worden ist, wird folgender Achtzehnter Abschnitt angefügt:

**„Achtzehnter Abschnitt**
**Übergangsvorschriften zum Transparenz- und Publizitätsgesetz**

**Artikel 54**

(1) Die vom Inkrafttreten des Artikels 2 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes an geltende Fassung des § 285 Nr. 9, § 286 Abs. 3, § 291 Abs. 3, § 297 Abs. 1 Satz 2, § 298 Abs. 1, § 299 Abs. 1, § 301 Abs. 1, der §§ 304, 308, 313 Abs. 3, des § 314 Abs. 1 Nr. 6 sowie des § 341j Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs ist erstmals auf das nach dem 31. Dezember 2002 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Die Vorschriften können auf ein früheres Geschäftsjahr angewendet werden. Die vom Inkrafttreten des Artikels 2 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes an geltende Fassung des § 285 Nr. 16, § 314 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2, § 316 Abs. 2 Satz 2, § 317 Abs. 4, § 321 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, § 325 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 2 sowie des § 341 Abs. 4 Satz 2 des Handelsgesetzbuchs ist erstmals auf das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.

(2) Ergibt sich bei der erstmaligen Anwendung der in Absatz 1 genannten Bestimmungen eine Erhöhung oder Verminderung des Ergebnisses, so ist der Unterschiedsbetrag in die Gewinnrücklagen einzustellen oder offen mit diesen zu verrechnen; dieser Betrag ist nicht Bestandteil des Jahresergebnisses.

(2) § 10 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2726), das zuletzt durch …. geändert worden ist, wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Das Stimmrecht kann für den Einzelfall durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden; dabei sollen ihm Weisungen für die Ausübung erteilt werden. Ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter kann auf Dauer bevollmächtigt werden.“

(3) Das Einführungsgesetz zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1185), zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 13 Abs. 1 werden die folgenden Sätze angefügt:

   „§ 175 des Aktiengesetzes in der Fassung des Artikels 1 Nr. 21 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes vom … [einsetzen: Ausfertigungsdatum und Fundstelle dieses Gesetzes] ist erstmals auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht für das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht für ein vorangehendes Geschäftsjahr sind die §§ 175, 337 Abs. 3 des Aktiengesetzes in der bis zum … [einsetzen: Tag der Verkündung dieses Gesetzes] geltenden Fassung weiterhin anzuwenden. § 337 Abs. 2 des Aktiengesetzes in der bis zum … [einsetzen: Tag der Verkündung dieses Gesetzes] geltenden Fassung ist letztmals auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht für das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.“

2. Dem § 14 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt:

   „§ 171 Abs. 2 Satz 5, Abs. 3 Satz 3 zweiter Halbsatz und § 173 Abs. 1 Satz 2 des Aktiengesetzes in der Fassung des Artikels 1 Nr. 18, 19 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes vom … [einsetzen: Ausfertigungsdatum und Fundstelle dieses Gesetzes] ist erstmals auf den Konzernabschluss für das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.“

(4) Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch …, wird wie folgt geändert:

1. § 42a Abs. 4 wird wie folgt gefasst:

   „(4) Ist die Gesellschaft zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, so sind die Absätze 1 bis 3 entsprechend anzuwenden.“

2. Nach § 86 wird folgender § 87 angefügt:

   „§ 87

   § 42a Abs. 4 in der Fassung des Artikels 3 Abs. 4 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes vom … [einsetzen: Ausfertigungsdatum und Fundstelle dieses Gesetzes] ist erstmals auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht für das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.“

## Artikel 4

## Inkrafttreten

Artikel 1 Nr. 1, 12 und 13 tritt am 1. Januar 2003 in Kraft. Im Übrigen tritt dieses Gesetz am Tage nach der Verkündung in Kraft.

# Begründung

## I. Allgemeiner Teil

Im Mai 2000 hat der Bundeskanzler die Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ eingesetzt. Die Kommission hatte den Auftrag, sich mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle zu befassen. Darüber hinaus sollte sie im Hinblick auf den durch Globalisierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte sich vollziehenden Wandel unserer Unternehmens- und Marktstrukturen Vorschläge für eine Modernisierung unseres rechtlichen Regelwerkes unterbreiten.

Einzelne Unternehmenskrisen waren nicht Grund, sondern allenfalls äußerlicher Anlass für die weiteren Bemühungen der Bundesregierung um eine Verbesserung des deutschen Corporate-Governance-Systems. Der Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance vom Juli 2001 lässt sich in die Empfehlungen an eine Kodex-Kommission für Deutschland und Empfehlungen an den Gesetzgeber gliedern. Die Bundesministerin der Justiz hat als erste Stufe der Umsetzung der Empfehlungen der Regierungskommission am 6. September 2001 die Kommission Deutscher Corporate Governance Kodex unter Leitung von Dr. Gerhard Cromme eingesetzt. Die von dieser Kommission entwickelten Verhaltensregeln werden bis Frühjahr 2002 erwartet. Der vorliegende Entwurf stellt die zweite Stufe der legislatorischen Umsetzung der Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance dar. Mit ihm wird die Arbeit der Kodex-Kommission begleitet. Dazu bedarf es einer Verpflichtung zu einer sog. Entsprechenserklärung (§ 161 AktG-E), die nur gesetzlich statuiert werden kann. Darüber hinaus greift der Entwurf eine ganze Reihe von Empfehlungen des Abschlussberichtes der Regierungskommission Corporate Governance auf. Wegen des herannahenden Endes der Wahlperiode war allerdings eine komplette Umsetzung der Empfehlungen nicht mehr möglich. Dies betrifft die Zeit beanspruchenden Vorarbeiten für den Entwurf, gilt aber auch für das weitere Gesetzgebungsverfahren mit seiner breiten Einbeziehung aller interessierten Kreise. Der vorliegende Entwurf enthält deshalb lediglich eine Auswahl der Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance. Diese Auswahl behandelt thematisch mit Schwerpunkt den Aufsichtsrat und die Informationsversorgung des Aufsichtsrats. Sie greift aber auch weitere Vorschläge aus dem umfangreichen Empfehlungskatalog der Regierungskommission Corporate Governance heraus. Es geht dabei vor allem um Deregulierungen im Bereich Finanzierung, Hauptversammlung und Information der Aktionäre.

Zu den Bereichen der Rechnungslegung und Abschlussprüfung schlägt der Entwurf Neuregelungen vor, die zum Teil auf Empfehlungen der Regierungskommission beruhen und insbesondere zum Schutz der auf dem Kapitalmarkt investierenden Anleger maßvoll erweiterte Publizitätsanforderungen an kapitalmarktorientierte Unternehmen stellen und die Mitwirkungsaufgaben des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Finalisierung des Konzernabschlusses erweitern.

Ferner bezweckt der Entwurf – insoweit einer Diskussionslinie in den Beratungen der Kommission folgend, über ihre Empfehlungen jedoch hinausgehend – eine sachgerechtere Fokussierung einiger Bestimmungen über Gegenstand und Umfang der Abschlussprüfung und des Prüfungsberichts.

Schließlich beinhaltet der Entwurf eine Modernisierung einzelner Vorschriften des Konzernbilanzrechts. Anlässlich der Verabschiedung des § 292a HGB im Jahre 1998 hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die Bundesregierung gebeten, Vorschläge für eine Überarbeitung des Konzernbilanzrechts mit dem Ziel einer Anpassung an international geltende Grundsätze zu entwickeln; diese Vorschläge sollten bis zum Jahre 2004 Gesetzesreife erlangt haben (Bundestagsdrucksache 13/9909, S. 11). Entsprechende Vorschläge werden nach derzeitigem Stand in der nächsten Legislaturperiode vorgelegt werden können. Dabei werden Schritte zu einer Reform des europäischen Bilanzrechts einzubeziehen sein, die derzeit teils schon im Europäischen Parlament und im Rat behandelt, teils von der Europäischen Kommission vorbereitet werden. Gleichwohl erscheint es bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt möglich, einzelne punktuelle Änderungen vorzunehmen, mit denen das deutsche Konzernbilanzrecht in einigen Bereichen näher an internationale Standards herangeführt wird. Das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee e. V. (DRSC) hat hierzu im Sommer 2001 eine Reihe von Vorschlägen vorgelegt. Diese sind den beteiligten Kreisen vom Bundesministerium der Justiz zur Stellungnahme übersandt worden. Nach Auswertung dieser Stellungnahmen scheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls eine Änderung der §§ 291, 297 bis 299, 301, 304, 308, 313, 314 HGB sinnvoll. Den Unternehmen wird damit der in den nächsten Jahren bevorstehende Übergang zu einem stärker an internationalen Grundsätzen orientierten Konzernbilanzrecht erleichtert, wobei übermäßige Belastungen vermieden werden sollen. Im Zuge dieser behutsamen Annäherung in mehreren Schritten wird es allerdings nicht zu vermeiden sein, dass einige der nunmehr vorgeschlagenen Regelungen im Verlauf der nächsten Jahre nochmals modifiziert werden müssen.

Mit dieser Abschichtung zumeist regulatorisch einfacherer Regelungen für den vorliegenden Entwurf ist keineswegs eine inhaltliche oder politische Aussage über die anderen Vorschläge verbunden. Das Bundeskabinett hat den Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance in Gänze gebilligt. Die Bundesregierung beabsichtigt deshalb, in der nächsten Wahlperiode weitere Gesetzgebungsvorschläge zu machen, die die übrig gebliebenen Empfehlungen umsetzen. Beide Umsetzungsstufen sind als Einheit zu sehen. Schwerpunkt dieser dritten Stufe der Umsetzung wird im Gesellschaftsrecht das besonders wichtige Anfechtungs- und Haftungsrecht in der Hauptversammlung sein, sowie der weitere Einfluss elektronischer Medien, insbesondere des Internets, auf die Hauptversammlung. Soweit einzelne Vorschläge aus dem Referentenentwurf eines Transparenz- und Publizitätsgesetzes sich im Regierungsentwurf nicht mehr finden, sind diese wegen weiteren Erörterungsbedarfs lediglich zurückgestellt worden, werden in

der dritten Umsetzungsstufe aber wieder aufgegriffen. Parallel hierzu wird die Reform des Spruchverfahrens unternommen. Die Empfehlungen der Regierungskommission zu Bilanzrecht und Abschlussprüfung können im Rahmen der in der nächsten Wahlperiode anstehenden Bilanzrechtsreform umgesetzt werden, mit der die nationalen Vorschriften an international übliche Regeln und kommende EU-Vorschriften angepasst werden sollen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt für Artikel 1, 2 und 3 Abs. 1 bis 4 aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) sowie für Artikel 3 Abs. 5 aus Artikel 105 Abs. 2 des Grundgesetzes.

Die Notwendigkeit einer bundesgesetzlichen Regelung nach Artikel 72 Abs. 2 des Grundgesetzes ergibt sich daraus, dass die Änderungen das Aktiengesetz, das Handelsgesetzbuch, das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche, das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, das Einführungsgesetz zum Aktiengesetz und das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung betreffen, diese Bereiche bereits bundesrechtlich geregelt sind und weiterhin das Erfordernis einer bundesgesetzlichen Regelung besteht, weil die Notwendigkeit bundeseinheitlicher Regelungen über die Aktiengesellschaft und die GmbH angesichts der herausragenden Bedeutung dieser Gesellschaftsformen auf dem Kapitalmarkt nach wie vor gegeben ist. Insofern ist eine bundesweit einheitliche Regelung der internen Kontrolle der Unternehmensvorstände weiterhin zwingend geboten. Diese soll durch die Änderungen des Aktien- und GmbH-Gesetzes sowie des Gesetzes über die Kapitalanlagegesellschaften und des HGB auch im Interesse der Anleger verbessert werden. Die Änderungen des HGB stellen darüber hinaus einen ersten Schritt zur Reform des Konzernbilanzrechts im Interesse einer verbesserten Transparenz auf dem Kapitalmarkt dar.

Der Gesetzentwurf hat keine messbaren finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte von Bund, Ländern und Kommunen.

Für die Wirtschaft werden durch die erweiterte Ermöglichung der Nutzung neuer Medien und die Vereinfachung der Gründungsprüfung geringfügige Einsparungen eintreten. Durch vermehrte Unterrichtungspflichten des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat sowie zusätzliche Angabepflichten im Konzernabschluss können wiederum geringfügige Mehrkosten für die Unternehmen entstehen, die jedoch noch nicht bezifferbar sind. Eine Auswirkung des Gesetzentwurfs auf Einzelpreise, Preisniveau und Verbraucherpreisniveau ist nicht zu erwarten.

## II. Besonderer Teil

## A.

### Zu Artikel 1 (Änderung des Aktiengesetzes)

#### Zu Nummer 1 (§ 25 Satz 1 AktG)

**Elektronische Publikation des Bundesanzeigers**

Nach geltendem Recht sind die Einberufung zur Hauptversammlung und andere Unternehmensmitteilungen „in den Bundesanzeiger einzurücken“ (z. B. § 121 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 25 Satz 1 AktG). Die Formulierung „in den Bundesanzeiger einzurücken“ geht von dem Verständnis aus, dass eine Bekanntmachung in Papierform zu erfolgen hat. Das ist nicht mehr zeitgemäß. Bekanntmachungen, wie die des Bundesanzeigers im Bereich der Handelsgesellschaften, eignen sich in ganz besonderer Weise für die elektronische Publikation, also das Einstellen der Information auf einer Website mit einer verbreiteten Internet-Adresse. Das reine Einstellen der Information reicht dabei schon aus, die beim Print-Medium erforderliche Distribution entfällt. Damit ist die Information in der Terminologie des Gesetzes „zugänglich gemacht“. Zusätzlich kann ein Service eingerichtet werden, über den Abonnenten alle oder bestimmte Bekanntmachungen automatisch elektronisch zugeschickt bekommen. Dies ist aber nicht erforderlich. Bereits das bloße Einstellen der Information auf der Website ermöglicht einen leichteren Zugang für einen größeren Kreis von Interessenten. Dies gilt besonders für Interessenten im Ausland. Sie wird künftig auch – nicht amtlichen – automatisierten Übersetzungen zugänglich sein. Die elektronische Bekanntmachung bringt auch den Gesellschaften Vorteile. Sie dürfte kostengünstiger sein. Auch können Änderungen der Tagesordnung, die sich erst kurz vor dem vorgesehenen Veröffentlichungstermin ergeben, noch berücksichtigt werden, was bei Printveröffentlichung mit Vorlaufzeiten für Satz und Druck nicht möglich ist. Überdies hat der Kapitalmarkt ein Interesse an schnellerer Verfügbarkeit der Informationen.

Das Gesetz soll nun die elektronische Bekanntmachung, also den „elektronischen Bundesanzeiger“ ergänzend zum „Papier-Bundesanzeiger“ eröffnen. Der Referentenentwurf hatte noch eine Wahlmöglichkeit vorgesehen, um damit dem Bundesanzeiger den Aufbau entsprechender Verfahren zu ermöglichen. In den Stellungnahmen zu dem Entwurf ist die Eröffnung der elektronischen Bekanntmachung auf große Zustimmung gestoßen, kritisiert wurde aber eine mögliche Zweigleisigkeit der Bekanntmachung. Es sollte vermieden werden, dass ein Interessent sowohl die Schriftform als auch die elektronische Form durchsuchen muss, um etwa eine Hauptversammlungseinladung zu finden. Deshalb soll mit der vorgeschlagenen Änderung des Entwurfs die Veröffentlichung der Unternehmensmitteilungen konsequenterweise ganz auf die elektronische Form umgestellt werden, dem Bundesanzeiger und den betroffenen Kreisen dafür aber eine angemessene Übergangszeit eingeräumt werden. Die Vorschrift soll daher erst zum 1. Januar 2003 – folglich in einer veröffentlichungsarmen Zeit – in Kraft treten.

Jedenfalls muss es aber bei einem einheitlichen nationalen Veröffentlichungsinstitut bleiben. Es ist nicht ausreichend, die Bekanntmachungen, etwa Einladungen zur Hauptversammlung, lediglich auf der Website der betreffenden Gesellschaft oder eines anderen privaten Diensteanbieters zu veröffentlichen. Vielmehr sollen diese Informationen in einem Medium gebündelt den Interessenten zur Verfügung stehen. Außerdem muss die Ordnungsgemäßheit der Daten gewährleistet sein. Nachträgliche Manipulationen sind auszuschließen. Dazu ist die Bekanntmachungsinstitution „Bundesanzeiger“ in der Lage. Auch bei der Veröffentlichung in elektronischer Form muss sichergestellt sein, dass der Zeitpunkt einer Bekanntmachung und deren konkreter Inhalt in einer für die gerichtliche Beweiserhebung ausreichenden Form nachgewiesen werden können. Unter Umständen werden auch beweiskräftige Bescheinigungen und Nachweise über Zeitpunkt und Inhalt der Bekanntmachung

benötigt (vgl. z. B. § 106 AktG, § 130 Abs. 3 AktG). Die Neuformulierung des § 25 AktG verdeutlicht die Einheitlichkeit des Bekanntmachungsinstituts „Bundesanzeiger“, den es künftig in elektronischer und in Papierform geben wird. Auf sehr lange Frist wird möglicherweise nur die elektronische Form bleiben. Dies wird von der Entwicklung der Gewohnheiten und Bedürfnisse der Nutzer abhängen.

Der elektronische Bundesanzeiger ist Baustein des von der Regierungskommission Corporate Governance vorgeschlagenen und von der Bundesregierung geplanten deutschen Unternehmensregisters, welches eigenständige Bekanntmachungsfunktionen und Portal-Eigenschaften verbinden und dadurch die deutschen Unternehmensdaten bündeln soll.

Die zusätzliche Bekanntmachung z. B. auf der Website der Gesellschaft bleibt davon unberührt – die Gesellschaft kann dies jederzeit formlos tun oder über § 25 Satz 2 ihre Website als weiteres Gesellschaftsblatt bezeichnen. Es bleibt ihr auch unbenommen, auch nach dem 1. Januar 2003 zusätzlich zur elektronischen Bekanntmachung die Mitteilung in die Papierform des Bundesanzeigers einzurücken.

**Zu Nummer 2** (§ 33 Abs. 3 AktG)

**Gründungsprüfung bei Bargründung**

Es handelt sich bei diesem Vorschlag um eine Erleichterung für junge Unternehmen in der Gründung. Der Registerrichter und der Notar prüfen im Rahmen der Beurkundung und Eintragung die als Umfang der Gründungsprüfung bei der Bargründung in § 34 genannten Umstände ohnehin, eine weitere Prüfung durch einen externen förmlichen Gründungsprüfer kostet Zeit und Geld und führt zu einer Mehrfachprüfung derselben Umstände. In den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 erscheint es daher eine unnötige Belastung für gründungswillige Unternehmen, gesonderte Gründungsprüfer bestellen zu lassen. In den verbleibenden und zahlenmäßig weniger häufigen Fällen (Nummer 3 und 4), also insbesondere bei der Sachgründung, soll es bei der Bestellung von Gründungsprüfern durch das Gericht bleiben, wobei das Gericht die Industrie- und Handelskammer beteiligen kann. Das Erfordernis der förmlichen Gründungsprüfung bleibt insbesondere auch dann bestehen, wenn die Fälle der Nummern 1 oder 2 und 3 oder 4 kumuliert vorliegen. Das Gleiche gilt, wenn der Notar in den Fällen der Nummern 1 und 2 ausnahmsweise doch nicht zum Prüfer bestellt werden sollte. Dies liegt in der Entscheidung der Gründer. Die Einsetzung des Notars als Prüfer bedarf keiner Bestellung durch das Gericht. Sie erfolgt im Wege der Beauftragung durch die Gründer. Dies ist im Entwurfstext ausdrücklich klargestellt worden. Da die Vorschrift als „Kann-Vorschrift“ formuliert ist, kann der Notar diesen Auftrag auch ablehnen. Der beurkundende Notar ist der, welcher die Satzung gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 festgestellt hat. Der von den Gründern beauftragte Notar ist kein förmlicher Gründungsprüfer, dies wird vom Gesetz auch nicht mehr verlangt, die Bestimmungen über den Gründungsprüfer können aber teilweise sinngemäß angewandt werden, so z. B. § 35 Abs. 1.

Die vorgeschlagene Regelung gehört zu den mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften begonnenen und in späteren Gesetzen fortgeschriebenen Erleichterungen für kleine, nichtbörsennotierte Gesellschaften.

**Zu Nummer 3** (§ 58 AktG)

**Sachdividende; Rücklagenbildung**

Nach § 58 Abs. 2 AktG können Vorstand und Aufsichtsrat höchstens die Hälfte des Jahresüberschusses in andere Gewinnrücklagen einstellen. Die Satzung kann Vorstand und Aufsichtsrat zur Einstellung eines größeren oder kleineren Teils, bei börsennotierten Gesellschaften jedoch, nach § 58 Abs. 2 Satz 2, letzter Halbsatz AktG, nur eines größeren Teils des Jahresüberschusses ermächtigen. Die heutige Regelung der sehr weiten Zuständigkeit zur Bildung von Rücklagen ist in den 60er Jahren mit Rücksicht auf die damalige Kapitalarmut der deutschen Gesellschaften getroffen worden. Die Regelung hatte den Charakter eines „Zwangssparens“ und schien ein Misstrauen gegenüber den Aktionären zum Ausdruck zu bringen. Heute besteht hingegen die Erwartung, dass die Verwaltung sich in einem offenen Dialog mit den Aktionären um Verständnis dafür bemüht, dass anstelle von Ausschüttungen ein höherer Anteil des Jahresüberschusses in die anderen Gewinnrücklagen eingestellt werden soll. Dies war mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften zunächst nur für nichtbörsennotierte Gesellschaften eingeführt worden. Es sollte aber auch und gerade bei börsennotierten Gesellschaften gelten. Artikel 15 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie steht einer entsprechenden Änderung des § 58 AktG nicht entgegen.

Nach § 58 Abs. 4 AktG haben die Aktionäre Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit er nicht ausnahmsweise von der Verteilung ausgeschlossen ist. Über den Inhalt dieses Gewinnanspruchs enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Regelungen. Die überwiegende Meinung in der Fachliteratur entnimmt aber verschiedenen Vorschriften des Aktiengesetzes, dass es von einem Anspruch auf Zahlung in Geld ausgeht. Dies weicht von zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen ab, die auch Sachdividenden zulassen. Auch die Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie lässt Sachdividenden zu.

Im neuen Absatz 5 des § 58 wird die ausdrückliche Zulassung der Sachausschüttung vorgesehen. Die Regelung geht davon aus, dass der Normalfall die Barausschüttung ist. Nur der Fall der Sachdividende bedarf deshalb einer Regelung. Als Voraussetzung wird für die Zulässigkeit der Sachdividende eine entsprechende Satzungsvorschrift und ein Hauptversammlungsbeschluss (einfache Mehrheit) vorgesehen. Die Satzungsbestimmung dient dem Überraschungsschutz des Aktionärs. Er soll die Möglichkeit haben, bereits lange vor der Hauptversammlung, in der eine Sachdividende beschlossen wird, zu erfahren, dass dies in der betreffenden Gesellschaft grundsätzlich möglich ist. In der Regel wird es sich bei den Sachwerten um Wertpapiere handeln. Es können zum Beispiel Wertpapiere aus dem Anlagevermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt werden. Ebenso können die Anteile einer Tochtergesellschaft an die Aktionäre der Mutter verteilt werden.

Freilich kann die Dividendenzahlung für bestimmte Anteilseigner eine wichtige oder die einzige Einkommensquelle darstellen. Dies wird in der Regel nicht beim Streubesitz oder bei Investment-Fonds anzunehmen sein. Hier ist zu erinnern, dass es Aktiengesellschaften vor allem in Wachstumsbranchen gibt, die grundsätzlich überhaupt keine Dividende zahlen. Auch dies unterliegt (mit Ausnahme des § 254 AktG) keiner besonderen Regelung. Insbesondere

aber bei nichtbörsennotierten Familienaktiengesellschaften kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Aktionärs auf Barzahlung bestehen.

Sofern es sich bei den ausgeschütteten Sachwerten um börsengehandelte Werte handelt, lässt sich gleichwohl eine mehrheitliche oder gar vollständige Sachdividende auch in diesen Fällen regelmäßig rechtfertigen. Der Aktionär kann die fungiblen Werte (vgl. § 3 Abs. 2) rasch veräußern. Nicht fungible, d. h. an Börsen gehandelte Werte aber (Aktien nicht börsennotierter Gesellschaften, Produkte der Gesellschaft etc.) können in den oben genannten Fällen nicht ohne weiteres die Bardividende vollständig ersetzen. Keine Bedenken bestehen aber, wenn alle Aktionäre zustimmen (kleine AG). Unproblematisch ist es ferner, wenn zusätzlich zu einer auskömmlichen Bardividende eine Sachdividende ausgeschüttet wird. Die Satzungsänderung, die eine Sachausschüttung vorsieht, darf jedoch nicht zum gezielten „Aushungern“ von Minderheitsaktionären durch den Mehrheitsaktionär führen. Insofern unterliegt der satzungsändernde Beschluss der Inhaltskontrolle und ist das Vertrauen der Minderheitsaktionäre auf Barausschüttung zu berücksichtigen. Es handelt sich aber hier um ein generelles Problem des „Aushungerns“ von Minderheitsaktionären, das nicht speziell mit der Sachausschüttung verbunden ist, und deshalb auch wie bisher der Rechtssprechung und Literatur überlassen werden kann.

Liegt ein wirksamer Satzungsvorbehalt über die Sachausschüttung vor und erstreckt sich dieser auch auf die Möglichkeit nicht fungible Werte auszukehren, so kommt eine Anfechtung des Ausschüttungsbeschlusses regelmäßig mangels schutzwürdigen Vertrauens nicht mehr in Betracht. Der Rechtsschutz ist also am Anfang, nicht am Ende zu suchen. Eine möglichst konkrete Fassung der Satzungsklausel ist daher zu empfehlen.

Die Frage der Bewertung der ausgekehrten Gegenstände (Buch- oder Marktwert) kann in diesem Gesetz nicht beantwortet werden; ihre Beantwortung kann der wissenschaftlichen Literatur und gegebenenfalls der weiteren rechtspolitischen Erörterung überlassen bleiben.

**Zu Nummer 4** (§ 86 AktG)

**Erfolgsabhängige Vergütung des Vorstands**

§ 86 Abs. 1 Satz 1 AktG bestimmt in seiner gegenwärtigen Fassung, dass den Vorstandsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden kann. Die Sollvorschrift des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt eine Regel zur Bemessungsgrundlage auf, und § 86 Abs. 2 AktG enthält bestimmte Vorgaben für den Fall, dass als Bemessungsgrundlage – der Regel in § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG gemäß – der Jahresgewinn der Gesellschaft dient. Die Streichung des § 86 AktG trägt der Tatsache Rechnung, dass diese Regelung aus mehreren Gründen überflüssig und überholt ist. Sie ist überflüssig, weil sich schon aus § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG ergibt, dass Gewinnbeteiligungen von Vorstandsmitgliedern zulässig sind. Die Sollvorschrift des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG ist überholt, weil sie von einem nicht definierten, in der Fachliteratur weit ausgelegten Begriff des „Jahresgewinns“ ausgeht. Hierdurch entstanden in der Vergangenheit häufig Unklarheiten. In der Praxis ist heute nicht die Anknüpfung an den Bilanzgewinn, sondern an andere Ergebnisgrößen üblich, wie z. B. das EBITDA („Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization“). Außerdem ist die „Sollvorschrift“ des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG als Regulierungsansatz fragwürdig.

Auch in § 86 Abs. 2 Satz 1 AktG hat sich die Anknüpfung an den unklaren Begriff des „Jahresgewinns“ als problematisch erwiesen. Besonders fragwürdig ist diese – mit einer Nichtigkeitssanktion bewehrte (§ 86 Abs. 2 Satz 2 AktG) – Vorschrift jedoch insofern, als sie vorsieht, dass die Tantieme am Ergebnis nach Steuern zu orientieren ist. Änderungen der Steuergesetzgebung schlagen damit auf die Höhe der Tantiemen durch. Diese Folge passt nicht zum Charakter der Gewinnbeteiligung als eines leistungsbezogenen Vergütungsbestandteils.

§ 86 Abs. 2 AktG ist auch nicht im Gläubigerinteresse geboten. Die Bestimmung führt dazu, dass dem Sanierer einer Gesellschaft mit Verlustvorträgen aus früheren Jahren keine Tantieme für seine Arbeit gezahlt werden darf. Es sollte jedoch anerkannt werden, dass es sich bei der Forderung des Vorstands, auch wenn sie am Gewinn orientiert ist, um eine echte Vergütung für geleistete Arbeit handelt. Deshalb sollte es einen Vorrang der anderen Gläubiger nicht geben, und Gläubigerschutzerwägungen gegenüber einer „Gewinnausschüttung“ in Verlustphasen sind fehl am Platz. Bei der Höhe nach unangemessenen Leistungen helfen die allgemeinen Vorkehrungen (§ 138 BGB; Insolvenzanfechtung).

Auch der Aktionärsschutz (Vorstände sollen keine Tantieme erhalten, solange kein Gewinn ausgeschüttet werden kann) rechtfertigt die Vorschrift des § 86 Abs. 2 AktG nicht. Sie konnte ohnehin leicht umgangen werden, z. B. dadurch, dass Zahlungen an anderen Zielen (Scorecard) festgemacht wurden. Wichtiger ist, dass die Aktionäre erfahren, welche Anreize für die Vorstände bestehen, z. B. dass der Vorstand durch eine EBITDA-abhängige Tantieme gesteuert wird.

**Zu Nummer 5 Buchstabe a Doppelbuchstabe aa**
(§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG)

**„Follow up“ – Berichterstattung des Vorstands**

§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG verpflichtet den Vorstand, dem Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung) Bericht zu erstatten. Im Rahmen dieser Berichterstattung werden auch Planziele formuliert. Eine Pflicht des Vorstands zur Berichterstattung über die Umsetzung der Unternehmensplanung in der Vergangenheit (sog. follow up) ist dagegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Eine ordnungsgemäße Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat setzt freilich auch Informationen über das Erreichen angekündigter Ziele voraus, so dass eine gesetzliche Regelung des follow up lediglich eine schon nach geltendem Recht bestehende (selbstverständliche) Berichtspflicht festschreibt. Die Berichtspflicht des Absatzes 1 Satz 1 ist eben zukunfts- und vergangenheitsbezogen. Gleichwohl empfiehlt sich eine gesetzliche Klarstellung, da in der Praxis eine Berichterstattung über die Umsetzung der Unternehmensplanung in der Vergangenheit nicht immer erfolgte. „Früher berichtete Ziele“ sind solche, die der Vorstand in früheren Berichten gemäß Absatz 1 Nr. 1 dem Aufsichtsrat dargelegt hat. Dies fokussiert die Pflicht zum Follow-up-

Bericht auf ganz konkrete und bedeutsame Zielfestlegungen. Bezugspunkte sind also nicht allgemeine Zielaussagen gegenüber Dritten, der Presse etc. Es kann sich ferner nur um Ziele für Planungszeiträume handeln, die nicht bereits verstrichen sind, und nur um Ziele, die nicht zwischenzeitlich gegenüber dem Aufsichtsrat revidiert worden waren. Soll-Ist-Abweichungen sind zu begründen.

**Zu Nummer 5 Buchstabe a Doppelbuchstabe bb**
(§ 90 Abs. 1 Satz 2 AktG-E)

**Konzerndimensionaler Bezug der Berichtspflicht des Vorstands**

Im Unterschied zu § 90 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AktG erwähnt § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG verbundene Unternehmen nicht. In der Praxis wird unter Berufung darauf gelegentlich eine Einbeziehung von Tochterunternehmen in die Regelberichterstattung verweigert. In einem Unternehmen, das an der Spitze eines Konzerns, ggf. auch eines Teilkonzerns, steht, lassen sich die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, die Rentabilität, der Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens jedoch nicht sinnvoll und zuverlässig beurteilen, wenn die konzernangehörigen Unternehmen nicht auch in die Regelberichterstattung gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgenommen werden; dies gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall ein Konzernabschluss aufzustellen oder ob dies – wegen Inanspruchnahme einer gesetzlichen Befreiung – nicht der Fall ist.

Aus diesem Grund sieht die Ergänzung des § 90 Abs. 1 AktG eine Erweiterung der Regelberichterstattung vor. Mit der von § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG abweichenden Formulierung soll klargestellt werden, dass der Vorstand seiner Pflicht zur Regelberichterstattung nicht schon dann genügt, wenn er den Aufsichtrat lediglich über solche Vorgänge bei einem verbundenen Unternehmen in Kenntnis setzt, die ihm ohne eigenes Zutun bekannt geworden sind. Der Vorstand ist vielmehr verpflichtet, sich die für die Berichterstattung notwendigen Informationen von sich aus im Rahmen des nach den gesetzlichen Bestimmungen Zulässigen, des ihm faktisch Möglichen und konkret Zumutbaren zu beschaffen.

**Zu Nummer 5 Buchstabe b** (§ 90 Abs. 3 Satz 2 AktG)

**Berichtsverlangen einzelner Aufsichtsratsmitglieder**

Nach § 90 Abs. 3 Satz 2 erster Halbsatz AktG kann auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied einen Vorstandsbericht, jedoch nur an den Aufsichtsrat, verlangen; lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nach § 90 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz AktG nur verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt. Die Vorschrift geht auf § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB in der Fassung der Aktienrechtsnovelle von 1931 zurück. Im Entwurf eines AktG 1930 war noch vorgesehen, dass jedes Aufsichtsratsmitglied einen Vorstandsbericht sollte verlangen dürfen. Während der Beratungen zum AktG 1937 wurde diese Lösung erneut erwogen, aber verworfen, weil dieses Recht eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds leicht zu gesellschaftsfremden Zwecken (Weitergabe von Informationen an Wettbewerber) missbraucht werden könne. Nach § 95 Abs. 2 AktG 1937 sollte der Aufsichtsratsvorsitzende den Streit zwischen dem Vorstand und dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied entscheiden können. Diese Lösung wurde 1965 aufgegeben. Der Regierungsentwurf eines AktG sah dann vor, dass der Vorstand dem Minderheitsverlangen nachzukommen habe, wenn ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder dieses Begehren geäußert habe. Dieser Vorschlag wurde indes vom Bundestag mit der Begründung abgelehnt, er erwecke den Anschein, als sei er auf die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern nach dem Betriebsverfassungsgesetz abgestellt (Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 119).

Die gegenwärtige Regelung läuft darauf hinaus, die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds entscheidend zu schwächen. Das wird der gleichen Verantwortung und auch Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder nicht gerecht. Richtig ist, dass sich bei einer Ausgestaltung des Einberufungsrechts als Einzelrecht Missbrauchsgefahren ergeben können. So kann es zum einen zum Ausplaudern von Interna und Geschäftsgeheimnissen (Beispiel: Aufsichtsratsmitglied kraft Entsendungsrechts eines mit den anderen zerstrittenen Familienstamms), zum anderen zu Schikanefällen kommen. Diese Gefahren lassen sich jedoch auch bei Aufgabe des zur Verhütung von Missbräuchen eingeführten Zwei-Personen-Erfordernisses angemessen eindämmen. So kann dem Vorstand das Recht zustehen, einen Bericht zu verweigern, wenn die konkrete Gefahr des Missbrauchs besteht; teilweise wird ein solches Recht statt dessen der Aufsichtsratsmehrheit oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden zugestanden. Daran kann auch in Fällen querulatorischen oder schikanösen Verhaltens gedacht werden. Solche Fälle sind einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich. Hier kann im Einzelnen die Ausgestaltung von Reaktionsmöglichkeiten der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen werden. Beschnitten werden sollen sie durch die Aufgabe der bisherigen Regelung nicht, die ihrerseits in ihrer Rigidität mitunter zu weit ging oder ihrerseits missbräuchlich verwendet werden konnte. Außerdem ist auf die einschlägigen Straf- und Haftungsvorschriften zu verweisen. Hinzu kommt, dass die Aufsichtsratsmehrheit die Möglichkeit behält, die Aushändigung eines schriftlichen Berichts an die Aufsichtsratsmitglieder in begründeten Einzelfällen zu verweigern (§ 90 Abs. 5 Satz 2 AktG).

**Zu Nummer 5 Buchstaben c und d** (§ 90 Abs. 4 und 5 AktG)

**Schriftlichkeit und Rechtzeitigkeit der Berichterstattung**

§ 90 Abs. 4 AktG bestimmt in seiner bisherigen Fassung, dass die Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen haben. Zu der Frage, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt die Berichte zu erstatten sind, äußert sich die Vorschrift nicht (anders lediglich § 90 Abs. 2 Nr. 4). Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum ging allerdings schon bisher ganz überwiegend davon aus, dass die Regelberichte des Vorstands gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG und die Sonderberichte gemäß § 90 Abs. 3 AktG in der Regel schriftlich abzufassen sind. In der Tat ist die Schriftlichkeit nicht nur im Hinblick auf eine effiziente Überwachung durch den Aufsichtsrat, sondern auch mit Rücksicht darauf geboten, dass diese Berichte eine wichtige Informationsquelle für den Abschlussprüfer darstellen. Oft han-

delt es sich um umfangreiche mit Zahlenmaterial unterlegte Berichte, die geraume Zeit vor der Sitzung vorbereitet und ohne schriftliche Dokumentation in der Aufsichtsratssitzung nicht sinnvoll verarbeitet werden können. In der Praxis wird allerdings mitunter unter Hinweis auf die Regelung des § 90 Abs. 5 Satz 2 AktG („Soweit die Berichte schriftlich erstattet worden sind, sind sie auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen auszuhändigen …“) die schriftliche Abfassung der Berichte verweigert. Dem will die Ergänzung des § 90 Abs. 4 AktG entgegenwirken.

Allerdings ist unbedingt zu vermeiden, dass die Unternehmensführung durch gesetzliche Bürokratisierung der Verfahrensabläufe behindert und in ihre Reaktionsgeschwindigkeit beeinträchtigt wird. Deshalb soll mit der Formulierung „in der Regel“ für ein ausreichendes Maß an Flexibilität gesorgt werden. Eine schriftliche Fixierung und Zuleitung der Berichte vor der Sitzung scheidet zum einen naturgemäß für die Berichterstattung über aktuellste Entwicklungen aus; die Berichterstattung hierüber kann nur in Ergänzung des schriftlichen Vorabberichts durch mündlichen Vortrag des Vorstands in der Aufsichtsratssitzung erfolgen. Zum anderen soll die Formulierung, dass die Berichte gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AktG „in der Regel“ in Textform zu erstatten sind, die Möglichkeit eines Verzichts des Aufsichtsrats auf schriftliche Berichterstattung im Einzelfall und aus besonderem Anlass eröffnen. Auch kann die besondere Geheimhaltungsbedürftigkeit der Information in besonderen Fällen eine mündliche Berichterstattung erfordern. Denkbar ist auch eine mündliche Ergänzung schriftlich unterbreiteter Unterlagen.

Dagegen empfiehlt es sich nicht, das Schriftlichkeitsgebot auch auf die Berichte an den Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG (künftig Satz 3) zu erstrecken. Auch hier wird oft eine schriftliche Arbeitsunterlage möglich und sinnvoll sein, das Gesetz sollte hier aber kein Regel-Ausnahme-Verhältnis aufstellen. Insofern genügt es, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende die übrigen Aufsichtsratsmitglieder über diese Berichte spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung unterrichtet.

Die Entwurfsformulierung verwendet nicht den Begriff „schriftlich“, sondern „in Textform“ und will damit ermöglichen, dass die betreffenden Berichte dem Aufsichtsrat unter Nutzung moderner Kommunikationstechnologien übermittelt werden können. Nach der Neuregelung der Formvorschriften in § 126b BGB wäre die Formulierung „schriftlich“ auf die „Schriftform“ im engen Sinne festgelegt gewesen. Die Regelung soll aber offen sein und nur sicherstellen, dass die Aufsichtsratsmitglieder sich anhand der Berichte auf die Aufsichtsratssitzung vorbereiten können und der Abschlussprüfer auf die Dokumente zugreifen kann. In Betracht kommt also Übermittlung in jeder sichtbar darzustellenden Form, also auch elektronische Übermittlung (E-Mail). Ob diese nicht schriftliche elektronische Form unter Gesichtspunkten der Datensicherheit opportun ist, mag von der Gesellschaft in Abwägung des jeweiligen Falls entschieden werden.

Neben der Frage der Form der Vorstandsberichterstattung an den Aufsichtsrat behandelt der neue Satz 2 in § 90 Abs. 4 AktG auch die Frage des Zeitpunkts der Berichterstattung. Auch dazu äußert sich § 90 Abs. 4 AktG in seiner gegenwärtigen Fassung nicht. Der Ergänzung liegt die Erwägung zugrunde, dass eine Vorab-Information der Aufsichtsratsmitglieder über den Inhalt von Vorstandsberichten einer effektiven Überwachung des Vorstands förderlich und es deshalb zweckmäßig ist, wenn insbesondere die regulären Vorstandsberichte nach § 90 Abs. 1 S. 1 AktG dem Aufsichtsrat nicht nur schriftlich erstattet, sondern zudem den Aufsichtsratsmitgliedern vor der Aufsichtsratssitzung übermittelt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Bericht der Vorbereitung eines Aufsichtsratsbeschlusses oder allgemein der Unterrichtung des Aufsichtsrats über grundsätzliche Fragen der Unternehmensleitung dient.

Das dagegen geltend gemachte Bedenken, es bestehe die Gefahr, dass die gebotene Vertraulichkeit nicht gewahrt werden könne, erscheint angesichts der – auch strafrechtlich (§ 404 AktG) und durch Schadensersatzansprüche sanktionierten – Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nicht als durchgreifend, sofern diese Treuepflicht durch Änderung des § 116 AktG verdeutlicht und das Strafmaß in § 404 AktG gemäß den Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance deutlich erhöht wird (s. die weiteren Ausführungen zu §§ 116 und 404 AktG).

Auch hier ist allerdings eine Bürokratisierung der Verfahrensabläufe unbedingt zu vermeiden. Deshalb wird von einer konkreten Fristvorgabe, etwa dass die Berichte den Aufsichtsratsmitgliedern mit der Einladung zur Aufsichtsratssitzung oder spätestens zu einem bestimmten Tage vor der Sitzung übermittelt werden sollten, abgesehen. Aus dem gleichen Grund enthält das Gesetz keine Regelung über den Zeitpunkt und die Form der Einladung zur Aufsichtsratssitzung.

Durch die Formulierung, dass die Berichte nicht stets, sondern nur möglichst rechtzeitig zu erstatten sind, erscheint auch hier ein ausreichendes Maß an Flexibilität gewährleistet. Mit dieser Formulierung ist insbesondere auch die Möglichkeit eines Verzichts des Aufsichtsrats auf das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Berichterstattung für konkrete und begründete Sonderfälle erfasst. „Rechtzeitigkeit“ ist ein objektives Tatbestandsmerkmal, „möglichst“ bezeichnet die Sorgfaltspflicht des Vorstands. Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die Berichte jedenfalls vor der Sitzung zu übermitteln sind, und zwar so zeitig, dass die Aufsichtsratsmitglieder noch die Möglichkeit haben, sie zu lesen (vgl. auch § 90 Abs. 2 Nr. 4). Je umfangreicher die Unterlagen sind und je länger sie bereits vor der Sitzung feststehen, desto früher sollten sie auch übermittelt werden. Bei Berichten, die nicht der Vorbereitung einer Sitzung dienen, ist Bezugspunkt der Rechtzeitigkeit, dass dem Aufsichtsrat noch die Möglichkeit der Reaktion bleibt. Dass Aufsichtsratsbeschlüsse wegen verspäteter und/oder nicht formgerechter Berichterstattung von der Rechtsprechung als unwirksam bewertet werden könnten, dürfte sich gleichfalls bei einer derartigen Regelung auf ganz krasse Ausnahmefälle beschränken, in denen eine Berichtserstattung in Form und Zeitpunkt den Charakter einer gezielten Desinformation hat. Die Formulierung belässt auch genügend Spielraum für Fälle, in denen Vorgänge wegen der besonderen Vertraulichkeit oder ihrer Aktualität wegen erst in der Aufsichtsratssitzung selbst mitgeteilt werden können.

**Zu Nummer 6** (§ 90 Abs. 5 Satz 2, § 170 Abs. 3 Satz 2 und § 314 Abs. 1 Satz 2 AktG)

**Aushändigung von Unterlagen**

Das Aktiengesetz sieht in den §§ 90 Abs. 5 Satz 2, 170 Abs. 3 Satz 2 und 314 Abs. 1 Satz 2 AktG vor, dass Berichte oder Unterlagen „auszuhändigen“ sind. Die damit vorausgesetzte Übergabe von Schriftstücken soll künftig nicht mehr zwingend sein. Die Übermittlung der betreffenden Dokumente auf elektronischem Wege (Textform, also z. B. E-Mail) genügt. Das Formvorschriften-Anpassungsgesetz (Gesetz vom 13. Juli 2001, BGBl. I, S. 1542) ermöglicht dies alleine noch nicht. Zwar ist dort vorgesehen, dass die „schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden“ kann (§ 126a BGB). „Aushändigung“ im Sinne des Aktiengesetzes ist aber nicht gleich Schriftform, sondern setzt begrifflich die Übergabe (Besitz- oder Eigentumsverschaffung) von Dokumenten auf materialisierten Medien voraus. Es ist nicht zweifelsfrei, ob man unter dem Eindruck neuerer technologischer Entwicklungen im Wege der Gesetzesauslegung diese Wortbedeutung neu interpretieren und auf elektronische Medien übertragen kann. Es bedarf daher einer Änderung der einschlägigen Vorschriften dahin, dass nicht mehr die „Aushändigung“ der Dokumente erforderlich ist, sondern die „Übermittlung“ genügt. Der (neutrale) Begriff der Übermittlung schließt, wie bei den einschlägigen Neuerungen des Namensaktiengesetzes (NaStraG), die Zuleitung auf elektronischem Wege ein.

**Zu Nummer 7** (§ 107 Abs. 3 AktG)

**Bericht über die Arbeit in den Aufsichtsratsausschüssen**

Nach geltendem Recht (§ 107 Abs. 3 AktG) kann der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen, und einem Ausschuss zum Beispiel auch die Aufgabe übertragen, über die Erteilung der Zustimmung zu bestimmten wichtigen Geschäften gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zu beschließen. Diese Regelung hat sich in der Praxis jedenfalls im Grundsatz bewährt. Angesichts der Größe der Aufsichtsräte besteht ein unabweisbares Bedürfnis, namentlich die Entscheidung über die Zustimmung zu bestimmten Geschäften, die unter Umständen sehr schnell und unbürokratisch getroffen werden muss, an kleine, entscheidungskräftige Ausschüsse delegieren zu können. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die umfangreiche Übertragung von Aufgaben auf Aufsichtsratsausschüsse in der Praxis zu einem Informationsdefizit des Gesamtaufsichtsrats führen kann. Dieser Zustand wird den Aufgaben und Pflichten des Gesamtaufsichtsrats nicht gerecht. Die Ergänzung des § 107 Abs. 3 AktG will sicherstellen, dass das Aufsichtsratsplenum regelmäßig, d. h. grundsätzlich in jeder (ordentlichen) Aufsichtsratssitzung, über die Arbeit der Ausschüsse im vorangegangenen Berichtszeitraum informiert wird. Die Berichterstattung kann zusammenfassend, auf das Wesentliche bezogen werden und als Ergebnisbericht erfolgen. Dies bringt das Tatbestandsmerkmal „über die Arbeit der Ausschüsse“ hinreichend deutlich zum Ausdruck.

**Zu Nummer 8 Buchstabe a** (§ 110 Abs. 2 AktG)

**Einberufungsbegehren einzelner Aufsichtsratsmitglieder**

Nach § 110 Abs. 2 AktG können für den Fall, dass einem Verlangen nach Einberufung des Aufsichtsrats gemäß § 110 Abs. 1 AktG, welches von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern geäußert worden ist, nicht entsprochen wird, die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen. Ein Recht jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds auf Einberufung des Aufsichtsrats im Wege der Selbsthilfe ist nach geltendem Recht nicht vorgesehen. Ebenso wie die Regelung des § 90 Abs. 3 Satz 2 zweiter Halbsatz AktG schwächt auch diese Beschränkung die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds und wird der gleichen Verantwortung und auch Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder nicht gerecht. Dieses Defizit will die Neufassung des § 110 Abs. 2 AktG beheben. Der Gefahr des Rechtsmissbrauchs lässt sich auch hier besser im konkreten Einzelfall als durch schematische Quoren-Regelungen begegnen. Handelt ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied missbräuchlich, insbesondere schikanös oder querulatorisch, so braucht der Aufsichtsrat der Einberufung keine Folge zu leisten; außerdem macht sich das betreffende Aufsichtsratsmitglied u. U. schadenersatzpflichtig. Deshalb gewinnt die Pflicht zur Angabe von Gründen und des Zwecks der Einberufung in Absatz 1 besondere Bedeutung. Die Frage der berechtigten Zurückweisung des Einberufungsverlangens ist dann im Einzelfall gerichtlich zu klären. Dies reicht einerseits als Sanktion für fälschliche Zurückweisungen aus und gibt dem Aufsichtsrat andererseits aber auch ausreichende und flexibel handhabbare Reaktionsmöglichkeiten, um missbräuchliche Verlangen abzuwehren, die die Handlungsfähigkeit des Organs beeinträchtigen und die einzelnen Mitglieder sinnlos beanspruchen. Die Einberufung hat üblichen formalen Anforderungen zu genügen, was durch die Hinzufügung „unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe einer Tagesordnung“ zum Ausdruck kommt.

**Zu Nummer 8 Buchstabe b** (§ 110 Abs. 3 AktG)

**Einberufung/Sitzungsfrequenz**

§ 110 Abs. 3 AktG sieht in seiner gegenwärtigen Fassung vor, dass der Aufsichtsrat einmal im Kalendervierteljahr zusammentreten soll sowie einmal und bei börsennotierten Gesellschaften zweimal im Kalenderhalbjahr zusammentreten muss. Die Regelung, dass Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften zweimal im Kalenderhalbjahr zusammentreten müssen, war durch das KonTraG in das Gesetz eingefügt worden. Mit der Neufassung des § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG wird diese Pflicht nunmehr im Grundsatz auf alle Gesellschaften erstreckt. Im Interesse einer effektiven Überwachung des Vorstands ist ein Turnus von mindestens zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr auch für nichtbörsennotierte Gesellschaften der bisherigen Regelung vorzuziehen. Ferner wird die sanktionslose Soll-Vorschrift vermieden. Den Bedürfnissen namentlich kleinerer Gesellschaften nach flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten trägt – nach dem Vorbild des § 108 Abs. 4 AktG – die ergänzende Regelung des § 110 Abs. 3 Satz 2 AktG Rechnung, wonach in nicht börsennotierten Gesellschaften etwas anderes (als das zweimalige Zusammentreten des Aufsichtsrates im Kalenderhalbjahr) beschlossen werden kann. Die Regelung ist zu-

gleich im Zusammenhang mit der Stärkung des Einberufungsrechts des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zu sehen (§ 110 Abs. 2 AktG-Entwurf). Sollte gegen das Votum eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds eine Absenkung der Sitzungsfrequenz bei einer nichtbörsennotierten Gesellschaft beschlossen werden, so wird ihm mit der Neufassung des § 110 Abs. 2 AktG in begründeten Fällen eine wirkungsvolle Reaktionsmöglichkeit gegeben.

In Abkehr vom bisherigen Wortlaut („zusammentreten“) stellt die Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG zugleich klar, dass für die Sitzungen des Aufsichtsrats künftig nicht in allen Fällen zwingend die körperliche Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder erforderlich ist, sondern jedenfalls in begründeten Ausnahmefällen auch eine Sitzung in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend ist. Für die freiwilligen Zusatzsitzungen konnten dies die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ohnedies vorsehen. Ziel der Lockerung ist es, den Aufwand, der sich für die Gesellschaften aus der Erhöhung der Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats ergibt, in Grenzen zu halten und eine Internationalisierung der Aufsichtsratsbesetzung nicht zu erschweren.

Auch der Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG liegt die Erwägung zugrunde, dass die Aufsichtsratsmitglieder im Hinblick auf die Bedeutung ihres Amtes außer in begründeten Ausnahmefällen jedenfalls zu den Pflichtsitzungen persönlich erscheinen sollen.

**Zu Nummer 9** (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

**Zustimmungspflichtige Geschäfte**

Maßnahmen der Geschäftsführung dürfen dem Aufsichtsrat nach geltendem Recht nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG). Doch kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Die Anordnung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats stellt das Gesetz also dem Satzungsgeber und Aufsichtsrat frei. Eine häufig bemängelte Folge ist, dass in vielen Gesellschaften der Aufsichtsrat selbst bei Maßnahmen und Entscheidungen, die die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern, nicht hinreichend und nicht rechtzeitig eingebunden, mitunter sogar erst im Nachhinein – nach Verlautbarungen in der Presse – informiert wird. Dies wird der Aufgabe des Aufsichtsrats und den Pflichten des Vorstands nicht gerecht. Entscheidungen oder Maßnahmen, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern und damit von existenzieller Bedeutung für das künftige Schicksal der Gesellschaft sind, müssen vom Votum beider Organe, des Vorstands und des Aufsichtsrats, getragen sein, von einer etwa zusätzlich erforderlichen Entscheidung der Hauptversammlung – z. B. in Holzmüller-Fällen – abgesehen. Dies gilt auch für Maßnahmen im Konzern, die die beschriebene Auswirkung auf die Gesellschaft haben.

Dies sollte deutlicher als bisher im Aktiengesetz hervorgehoben werden. Allerdings empfiehlt es sich nicht im Aktiengesetz selbst einen Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen festzulegen. Dagegen spricht zum einen, dass ein sachgerechter Katalog nicht für jede Gesellschaft ungeachtet ihrer Größe, Branche und sonstigen Verhältnisse passt, und ein allgemeiner gehaltener Katalog schwierig zu formulieren wäre und auch zu Missverständnissen Anlass geben könnte. Zu bedenken ist zum anderen, dass bei Festlegung eines gesetzlichen Mindestkatalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte die Gefahr besteht, dass etwa Satzungsbestimmungen, die hinter dieser gesetzlichen Vorgabe zurückbleiben, von der Rechtsprechung als nichtig angesehen werden müssten; daraus ergäbe sich ein erhebliches Streitpotential.

Vorzugswürdig ist es daher, die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen im einzelnen einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen, dem Aufsichtsrat bzw. der Hauptversammlung zu überlassen, zugleich aber abweichend von der „Kann“-Formulierung des gegenwärtigen § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorzuschreiben, dass der Aufsichtsrat oder die Satzung künftig zu bestimmen hat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats erfordert nicht nur, dass er rechtzeitig über die vom Vorstand geplanten oder getroffenen Maßnahmen informiert wird, sondern er muss in grundlegenden Entscheidungen auch eingebunden werden. Gewiss wird damit in Einzelfällen eine aktivere Rolle des Aufsichtsrats als bisher eingefordert. Dies erscheint insoweit aber auch geboten, und zwar auch vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung in diese Richtung.

Das Gesetz formuliert jedoch keine inhaltliche Vorgabe für den Zustimmungskatalog. Hierzu können etwa grundlegende Entscheidungen zur Unternehmensstrategie oder bedeutsame Investitionsentscheidungen, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft grundlegend verändern werden, rechnen. Mehr oder weniger willkürlich zusammengestellte und mehr oder weniger bedeutsame Maßnahmen wie Erteilung einer Prokura oder einzelne Grundstücksgeschäfte minderer Bedeutung sind nicht gemeint.

Ferner ist mit der Regelung nicht beabsichtigt, dass es zur Aufstellung übermäßig bürokratischer Zustimmungskataloge und zu einer zunehmenden Vorlage auch weniger bedeutsamer Geschäftsführungsmaßnahmen durch den Vorstand kommt. Daraus könnte eine unerwünschte breitflächige Einbeziehung des Aufsichtsrats in die Geschäftsführung des Vorstands resultieren. Dies würde nicht nur zu einer Verschiebung der Organverantwortlichkeit, sondern auch zu einer Überlastung und damit Überforderung des Aufsichtsrats führen. Gegenstand eines Zustimmungskatalogs sollten daher – wie oben dargelegt – Entscheidungen oder Maßnahmen sein, welche die Ertragsaussichten oder die Risikoexposition der Gesellschaft grundlegend verändern. Bereits nach geltendem Recht sind solche Maßnahmen und Entscheidungen auch bei Fehlen eines Zustimmungskatalogs dem Aufsichtsrat vom Vorstand vorzulegen, und hat sich der Aufsichtsrat darüber klar zu werden, ob er solche Grundlagenmaßnahmen von vorneherein seiner Zustimmung unterstellt. Dass der Vorstand infolge der Neuregelung dem Aufsichtsrat künftig Geschäftsführungsmaßnahmen vermehrt präventiv zur Zustimmung vorlegen müsste, um namentlich den späteren Vorwurf zu vermeiden, die Vorlage einer Maßnahme unterlassen zu haben, die sich zwar nicht ex ante, wohl aber ex post als Maßnahme von

grundlegender Bedeutung für die (Ober-)Gesellschaft dargestellt habe, steht nicht zu befürchten. Eines derartigen Absicherungsverhaltens zur Vermeidung von Haftungsrisiken bedarf es nicht, da es für die Vorlage- und Zustimmungspflicht nicht auf die Entwicklung ex post, sondern auf die Planungen und Erwartungen ex ante ankommt.

Die von der Bundesregierung eingesetzte Kodex-Kommission Corporate Governance hat sich mit der Frage befasst, ob konkretere inhaltliche Vorgaben für einen solchen Katalog möglich sind, und wird hierzu einen Vorschlag machen. Der Kodex ist der richtige Standort für solche Verhaltensregeln, die der einzelnen Gesellschaft praktikable Anhaltspunkte geben können, ohne ihr die nötige Flexibilität zu Abweichungen aufgrund von Besonderheiten der Gesellschaft, der Branche, Größe oder der Unternehmensstruktur zu nehmen.

**Zu Nummer 10** (§ 116 AktG)

**Verschwiegenheit**

Mangelnde Vertraulichkeit fügt dem Aufsichtsrat in seiner konkreten Arbeit, aber auch dem deutschen Aufsichtsratssystem insgesamt schwersten Schaden zu. Besteht auch nur ein latenter Verdacht, wichtige und noch nicht öffentliche, dem Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Kontrollaufgaben durch den Vorstand gegebene, vertrauliche Informationen könnten unmittelbar anschließend und zum Schaden der Gesellschaft an Medien, Analysten, Konkurrenten, politische Parteien, Organisationen oder Belegschaften weitergereicht werden, so führt dies dazu, dass die Vorstände Informationen nur zögerlich, nur mündlich oder nur dem Aufsichtsratsvorsitzenden geben. Langfristig führt dies zu einer Aushöhlung und Entwertung des Aufsichtsrats in seiner Funktion als Kontrollorgan. Der Gesetzgeber hat bereits mit dem Kontrolle und Transparenzgesetz (KonTraG) versucht, den Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu verbessern. Mit dem vorliegenden Gesetzentwurf werden diese Bemühungen noch deutlich verstärkt. Dies kann aber nicht erfolgreich sein, wenn nicht zugleich das Grundproblem des Verdachts mangelnder Vertraulichkeit angegangen wird. So betont auch der Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance:

„Einer Weitergabe vertraulicher Informationen durch Aufsichtsratsmitglieder muss künftig wirksamer begegnet werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kommissionsempfehlungen zur besseren Informationsversorgung der Aufsichtsratsmitglieder und Aufsichtsräte (rechtzeitige und schriftliche Regelberichterstattung; Aushändigung von Unterlagen; Auskunftsrechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds), der eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht gegenüberstehen muss.“

Siehe entsprechend auch die Ausführungen zur Änderung des § 404 AktG. Zwischen Information und Vertraulichkeit besteht ein unlösbarer Zusammenhang.

Bereits bisher verweist § 116 AktG, der die Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten der Aufsichtsräte regelt, auf § 93 AktG, und damit auf die dort normierte Verschwiegenheitspflicht für den Vorstand. Damit ist die Verpflichtung zur Verschwiegenheit grundsätzlich geregelt. Das erscheint als nur abgeleitete Verpflichtung jedoch nicht deutlich genug zu sein. Es bedarf daher einer besonderen Hervorhebung der für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats elementaren Verpflichtung zur Verschwiegenheit in § 116 AktG selbst. Die ausdrückliche Hervorhebung wird die bereits nach bisherigem Recht bestehende Pflicht deutlicher vor Augen führen. Überdies ist eine eigenständige Vertraulichkeitsvorschrift für die Aufsichtsratsmitglieder auch materiell sinnvoll. Die Herkunft der Informationen und die Stellung des Aufsichtsrats führen zu Unterschieden. Der Aufsichtsrat erhält in erster Linie Informationen in Form von Berichten, Vorlagen und anderen Unterrichtungen des Vorstands. Die vorgeschlagene Regelung macht dies deutlicher. Ferner führt die Stellung des Aufsichtsrats zu Besonderheiten. Da der Aufsichtsrat typischerweise Mitglieder hat, die auch und häufig hauptberuflich in anderen Unternehmen oder Organisationen arbeiten und da folglich ein Interessenkonflikt ganz bewusst im System angelegt ist, bedarf die Wahrung der Vertraulichkeit der besonderen Erinnerung und gesetzlichen Absicherung. Dies wird durch die Betonung „insbesondere“ unterstrichen. Es wird damit auch deutlich gemacht, dass der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliert und ihm mit Rat zur Seite steht. Die Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens und seine Außendarstellung gehören nicht zu den Aufgaben des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds oder des Aufsichtsrats als Gremium. Es ist auch nicht seine Aufgabe, mit dem frühzeitigen Öffentlichmachen von Informationen aus internen Entscheidungsprozessen inhaltlichen Einfluss auf diese Entscheidungen durch Erzeugen öffentlichen Drucks, durch Beschädigung von Personen oder durch die Schaffung vollendeter Tatsachen zu nehmen.

Neben den vertraulichen Berichten (welche einen besonders betonten Ausschnitt der vielfältigen vom Vorstand gelieferten Informationen bilden) betont das Gesetz auch die vertraulichen Beratungen. Vertraulich zu behandelnde Daten werden also einerseits dem Aufsichtsrat von außen, d. h. vom Vorstand gegeben, sie werden aber in den Beratungen auch vom Aufsichtsrat selbst generiert. Die Formulierung macht diese Unterscheidung deutlich. Sie ist nicht ohne Auswirkungen auf die Einstufung einer Information als geheimhaltungsbedürftig. Das Gesetz ändert nichts daran, dass die Geheimhaltungsbedürftigkeit einer Tatsache keiner subjektiven Einstufung unterliegt, sondern objektiv zu bewerten ist. Wenn allerdings die Quelle der Information (sei es der Vorstand oder der Aufsichtsrat selbst) diese ausdrücklich als vertraulich bezeichnet, so besteht jedenfalls eine Vermutung, dass ein objektives Geheimhaltungsinteresse besteht. Wenn umgekehrt der Aufsichtsrat oder der Vorstand solche Daten als nicht vertraulich qualifizieren, so spricht unbeschadet der objektiven Einstufung eine Vermutung für die Richtigkeit dieser Einschätzung.

Der Deutsche Corporate Governance Kodex könnte der richtige Ort sein – in künftigen Fassungen – noch ergänzende Ausführungen zu machen.

Beratungsgegenstände, die durch Ad-hoc-Mitteilungen, Zwischenberichte etc. schon öffentlich sind, unterliegen naturgemäß nicht der Vertraulichkeit. Hier können aber Beratungsergebnisse und Abstimmungsverhalten vertraulich zu behandeln sein.

Ergänzend gilt weiterhin die Verweisung auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, dies betrifft etwa die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Das kommt dadurch zum Ausdruck, dass der Entwurf zu § 116 von „insbesondere“ spricht. Wei-

ter ins Einzelne gehende Empfehlungen zur Verschwiegenheitspflicht können ferner im Corporate Governance Kodex (gem. § 161 AktG) enthalten sein.

**Zu Nummer 11 Buchstabe a** (§ 118 Abs. 2 AktG)

**Videozuschaltung von Aufsichtsratsmitgliedern**

Nach § 118 Abs. 2 AktG sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich nach allgemeiner Auffassung im Schrifttum nicht nur ein Recht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats auf Teilnahme an der Hauptversammlung, sondern auch eine echte, grundsätzlich nur durch persönliche Anwesenheit in der Hauptversammlung erfüllbare Teilnahmepflicht, deren Verletzung allerdings ohne beschlussrechtliche Konsequenzen bleibt. Eine Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Abwesenheit von Organmitgliedern kommt demgemäss nicht in Betracht, wohl aber – im Zusammenhang mit einem Schaden der Gesellschaft – eine Schadensersatzpflicht nach §§ 93, 116 AktG sowie unter Umständen auch eine Abberufung aus wichtigem Grund (§ 84 Abs. 3, § 103 Abs. 3 AktG). Für die Vorstandsmitglieder ist die Pflicht zur Anwesenheit in der Hauptversammlung nach wie vor sachgerecht. Die Aktionäre haben ein Interesse daran, sich in der Hauptversammlung einen unmittelbaren Eindruck von den Vorstandsmitgliedern zu verschaffen. Demgegenüber erscheint es nicht zwingend erforderlich, auch die Mitglieder des Aufsichtsrats in jedem Fall zur körperlichen Anwesenheit zu verpflichten. Zwar mögen die Aktionäre auch insoweit an einer physischen Präsenz interessiert sein, etwa im Hinblick auf die Beschlussfassung über die Entlastung. Auch wird es als wichtig erachtet, dass der Aufsichtsrat sich persönlich ein Bild vom Verlauf der Versammlung macht, dass er die Argumente der Aktionäre hört und erfährt, welche Fragen sie bewegen. Angesichts ihrer überwiegend passiven Rolle in der Hauptversammlung besteht (mit Ausnahme des Versammlungsleiters) für eine Anwesenheit der Aufsichtsratsmitglieder jedoch ein geringeres praktisches Bedürfnis als für die Anwesenheit der zum Beispiel für die Auskunftserteilung zuständigen Vorstandsmitglieder. Gerade mit Blick auf ausländische Aufsichtsratsmitglieder, deren Mitarbeit in Aufsichtsräten deutscher Gesellschaften gleichwohl wünschenswert ist, erscheint eine in jedem Fall bestehende Pflicht zur persönlichen Teilnahme wenig sachgerecht.

§ 118 Abs. 2 Satz 2 AktG gestattet es daher, in der Satzung bestimmte Fälle vorzusehen, in denen die Aufsichtsratsmitglieder von der Pflicht zur persönlichen Teilnahme an der Hauptversammlung freigestellt sind und im Wege der Bild- und Tonübertragung zugeschaltet werden können. Die Satzung kann die Aufsichtsratsmitglieder danach für im Einzelnen zu präzisierende Ausnahmefälle von der Anwesenheitspflicht befreien und ihnen die Teilnahme auf telekommunikativem Wege erlauben. Eine generelle Freistellung von der Teilnahmepflicht darf sie nicht vorsehen. Die Ergänzung des § 108 Abs. 2 AktG steht insofern in engem Zusammenhang mit der vorgesehenen Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG, die in Abkehr vom bisherigen Wortlaut („zusammentreten") mit der Formulierung „abhalten" klarstellt, dass für die Sitzungen des Aufsichtsrats künftig nicht in allen Fällen zwingend die körperliche Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder erforderlich ist, sondern jedenfalls in begründeten Ausnahmefällen auch eine Sitzung in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend ist. „Fälle" bedeutet nicht einen konkreten „Einzelfall", sondern Fallgruppen oder generalisierbare Konstellationen. So kann z. B. für ein Aufsichtsratsmitglied, das seinen Wohnsitz weit entfernt vom Ort der Versammlung, insbesondere im Ausland hat, eine generelle Ausnahme vorgesehen werden. Typischerweise werden solche Ausnahmen nur bei nichtbörsennotierten Gesellschaften sinnvoll und praktikabel sein. Während es bei einer börsennotierten Gesellschaft jedenfalls derzeit kaum vorstellbar ist, dass ein einzelnes Aufsichtratsmitglied nur über einen Monitor zugeschaltet ist, ist dies bei nichtbörsennotierten Gesellschaften sehr wohl denkbar. Insbesondere in Fällen, in denen die deutsche Tochter einer ausländischen Gesellschaft ihre Hauptversammlung abhält und der Vertreter des ausländischen Großaktionärs zugleich im Aufsichtsrat vertreten ist, kann es sinnvoll sein, diesen per Bild- und Tonübertragung zuzuschalten. Er kann auf diese Weise zugleich auch die Stimmrechtsabgabe durch einen Vertreter vor Ort steuern. Dies gilt um so mehr bei einer Vollversammlung mit dem Alleinaktionär oder bei Muttergesellschaften mit einer Vielzahl von Töchtern. Der Entwurf spricht von Bild- und Tonübertragung, behandelt beide Medien also kumulativ. Die Übertragung muss zudem beidseitig sein.

**Zu Nummer 11 Buchstabe b** (§ 118 Abs. 3 AktG-E)

**Internetübertragung der Hauptversammlung**

Die Übertragung der Hauptversammlung im Firmen-TV, in Spartenkanälen, vor allem aber im Internet (sog. Übertragung in Ton und Bild) entwickelt sich zum Standard. Dabei kann es unterschiedliche Varianten geben: Die Übertragung lediglich der Rede des Vorstands (bereits heute einhellig völlig unproblematisch), die Vollübertragung auch der weiteren Verhandlungen für alle Internet-Benutzer oder die geschlossene Übertragung, die nur Aktionären mit vorher zugeteiltem Passwort zugänglich ist. All dies und noch weitere Spielarten sind möglich und es kann den Gesellschaften überlassen bleiben, welche Form und welchen Grad der Öffentlichkeit sie anstreben. Die Satzung oder die Geschäftsordnung kann nach dem neuen § 118 Abs. 3 die vollständige Übertragung der gesamten Verhandlung eröffnen. Das Gesetz formuliert lediglich eine Regelungskompetenz. Es besteht kein Rechtsanspruch einzelner Aktionäre oder Anderer auf allgemeine Übertragung. Ferner bleibt es der Gesellschaft überlassen, ein Weniger gegenüber der vollständigen Übertragung in allen Varianten zu regeln. Sie kann es auch der Verwaltung überlassen, von Fall zu Fall zu entscheiden, wie weitgehend die Versammlung für Außenstehende geöffnet wird („übertragen werden darf"). Unbedingt zu empfehlen wäre allerdings eine rechtzeitige Bekanntmachung mit der Einberufung, damit interessierte Aktionäre sich darauf einstellen können.

Die Zulässigkeit der Übertragung soll mit diesem Entwurf auch deshalb ausdrücklich geregelt werden, weil bisher auf der Grundlage des ungeregelten Zustandes überwiegend angenommen worden war, ein einzelner Aktionär könne der Aufzeichnung seines Redebeitrags widersprechen. Bei Ausblendung von Redebeiträgen einzelner Teilnehmer einer Präsenzhauptversammlung besteht aber die Gefahr, dass die

zugeschalteten Aktionäre bei den anschließenden Abstimmungen nicht über denselben Informationsstand verfügen wie die in der Hauptversammlung physisch anwesenden Aktionäre. Überdies ist zu befürchten, dass zugeschaltete Aktionäre sich bei zu häufiger oder langandauernder Unterbrechung der Übertragung verabschieden. Das ist verständlich, denn es ist kaum zumutbar, jeweils vor leerem Bildschirm abwarten zu müssen, bis die Übertragung wieder aufgenommen wird. Mit der zugelassenen Satzungsregelung entfällt das bisher angenommene Widerspruchsrecht. Aktionären, die ihre Redebeiträge nicht übertragen sehen möchten, ist es unbenommen und zumutbar, einen Vertreter an ihrer Stelle sprechen zu lassen. Übertragung in Ton und Bild setzt naturgemäß auch die Aufzeichnung in der Hauptversammlung voraus. Es ist ferner nach derzeitigem Stand der Technik schwerlich zu vermeiden, dass Empfänger der Übertragung diese aufzeichnen. Auch deshalb ist es sinnvoll, die Zulässigkeit der Übertragung gesetzlich klarzustellen.

**Zu Nummer 12** (§ 125 Abs. 1 Satz 1 AktG)

**Mitteilung für die Aktionäre**

Es handelt sich um eine Folgeänderung der Änderungen in § 126 (Nummer 13).

**Zu Nummer 13 Buchstabe a** (§ 126 Abs. 1 AktG)

**Ankündigung von Gegenanträgen**

Gegenanträge in der bisher im Gesetz vorgesehenen Form sind für die Gesellschaften äußerst kostspielig und zugleich fehleranfällig. Dadurch entstehen Rechtsunsicherheit und Missbrauchsmöglichkeiten. Dennoch sollte auch nach dem Ergebnis der Beratungen in der Regierungskommission Corporate Governance der Gegenantrag nicht einfach abgeschafft werden. Damit würde zum Schaden der Aktionäre überreagiert. Das Gleiche gilt für einen wie auch immer festzulegenden Mindestanteilsbesitz und eine Mindesthaltefrist als Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Gegenanträgen. Vielmehr sollte eine Reform dort ansetzen, wo das Problem liegt, nämlich bei den Kosten und bei der Fehleranfälligkeit.

Die Neufassung stellt nun fest, dass Gegenanträge nicht mehr gemäß § 125 AktG und folglich regelmäßig in gedruckter Form an alle Aktionäre versandt zu werden brauchen; sie sind den Aktionären nur „zugänglich zu machen“. Sie können also insbesondere (ausschließlich) auf der Website der Gesellschaft veröffentlicht werden.

Zwar verfügen gegenwärtig noch nicht alle Aktionäre über einen Internetanschluss, dennoch können schon heute auf diese Weise sehr viel mehr Aktionäre erreicht werden, als auf herkömmlichem Wege. Insbesondere die ausländischen Aktionäre erreichen die Mitteilungen nach § 125 AktG oft gar nicht. Bei Namensaktionären erhalten nur die eine Mitteilung, die im Aktienregister eingetragen sind. Gerade der besonders interessierte Aktionär kann sich aber über die Website aktiv informieren. Desgleichen können Besitzer von Fondsanteilen, die ebenfalls bisher nicht benachrichtigt werden, sich informieren. Zudem handelt es sich bei den Gegenanträgen um die Ankündigung von Anträgen, die in der Hauptversammlung ohnedies noch gestellt werden müssen, um behandelt werden zu können.

Zugleich kann aber die Frist für die Stellung von Gegenanträgen für die Aktionäre günstiger gefasst werden. Musste der Aktionär bisher binnen einer Woche nach Einberufung den Antrag stellen, so reicht es heute aus, wenn er dies bis spätestens eine Woche vor dem Tage der Hauptversammlung tut. Diese Fristerleichterung ist Konsequenz der Abschaffung der schwerfälligen Versendung gemäß § 125 AktG und der Einführung der rasch und unkompliziert zu bewerkstelligenden „Zugänglichmachung“ auf elektronischem Wege. Dabei ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft den rechtzeitig und formgerecht eingereichten Antrag unverzüglich zugänglich zu machen hat. Da das „Zugänglichmachen“ neuerdings an mehreren Stellen im Aktiengesetz verwandt wird (z. B. § 128 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5, § 129 Abs. 4), ist davon auszugehen, dass dieser Begriff durch Praxis und Rechtsprechung alsbald ausgefüllt und nach der technischen Entwicklung fortgeschrieben wird. Die verlängerte Frist ist für den opponierenden Aktionär nur eine Erleichterung, in der Regel wird er gut beraten sein, seinen Gegenantrag so früh wie möglich einzureichen, damit möglichst viele andere Aktionäre davon Kenntnis nehmen können und die Verwaltung Gelegenheit zu einer – freiwilligen – Stellungnahme auf den Gegenantrag hat.

Die Veröffentlichungspflicht der Gesellschaft soll zudem davon abhängen, dass der Gegenantrag an eine den Aktionären in der Einberufung der Hauptversammlung mitgeteilte Adresse versandt worden ist. Damit wird Rechtssicherheit erzeugt, denn es kann nicht sein, dass ein Gegenantrag bei irgendeiner Niederlassung ganz kurz vor Fristablauf eingereicht wird, und die Gesellschaft dadurch Gefahr läuft, verfahrensfehlerhaft zu handeln. Ist keine besondere Adresse mitgeteilt worden, so gilt das allgemeine Vertretungsrecht. Adresse im Sinne der Vorschrift ist nicht notwendig eine postalische Hausanschrift, Postfach oder dergleichen. Adresse ist auch die Fax-Nummer, die E-Mail-Adresse, wobei hier die Legitimation des Aktionärs zu prüfen wäre. Mit dem Zusatz „hierfür“ wird zum Ausdruck gebracht, dass die Adresse konkret als solche zum Einreichen von Gegenanträgen zu bezeichnen ist.

Verzichtet werden kann auf die bisher im Absatz 1 enthaltene formelhafte Erklärung des Aktionärs, er wolle in der Hauptversammlung einem Vorschlag des Vorstands und des Aufsichtsrats widersprechen und die anderen Aktionäre veranlassen, für seinen Gegenantrag zu stimmen. Der Begriff „Gegenantrag“ macht bereits deutlich, dass es sich um einen Oppositionsantrag handeln muss. Ferner ist dieser auf einen konkreten und im Antrag zu nennenden („bestimmten“) Tagesordnungspunkt zu beziehen und zu begründen. Er muss sich als Oppositionsantrag aber gegen einen Verwaltungsvorschlag richten. Auch trägt Absatz 2 Nr. 6 und 7 dafür Sorge, dass die Aktionäre keine unernst gemeinten Anträge stellen.

Die Neuerung gilt für Anträge nach § 127 AktG entsprechend.

**Zu Nummer 13 Buchstabe b** (§ 126 Abs. 2 AktG)

Die Änderungen in Absatz 2 sind Folgeänderungen zu Absatz 1.

**Zu Nummer 14** (§ 131 Abs. 1 Satz 4 AktG-E)

Der neue § 131 Abs. 1 Satz 4 AktG-E stimmt mit dem Wortlaut des geltenden § 337 Abs. 4 AktG überein. Bei dieser Anfügung handelt es sich um eine Folgeänderung zu der Neustrukturierung der Regelungen über die Prüfung und Billigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat und über dessen Vorlage an die Hauptversammlung; der geltende § 337 AktG wird danach aufgehoben (Artikel 1 Nr. 26).

**Zu Nummer 15** (Überschrift)

Die Überschrift des Ersten Abschnitts des Fünften Teils wird um die Entsprechenserklärung (§ 161) ergänzt.

**Zu Nummer 16** (§ 161 AktG-E)

**Entsprechenserklärung**

Eine der Kernaussagen des Berichts der Regierungskommission Corporate Governance war die Empfehlung für einen deutschen Corporate-Governance-Kodex. Ein solcher Kodex bietet die Möglichkeit, die geltende Unternehmensverfassung für deutsche Aktiengesellschaften und die diesbezüglichen, im Wesentlichen im zwingenden Gesetzesrecht verankerten Verhaltensmaßstäbe für Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung in einer gerade auch für ausländische Investoren geeigneten Form zusammenfassend und übersichtlich darzustellen und die Besonderheiten und Vorzüge der dualistischen Unternehmensverfassung zu verdeutlichen. Gerade im Hinblick auf die Information ausländischer Anleger erschien es unvermeidlich, einen maßgebenden Corporate-Governance-Kodex für Deutschland zu initiieren. Dies rechtfertigt es, nur einem Kodex, den die von der Bundesregierung eingesetzte Kodex-Kommission formuliert, einen besonderen Nachdruck durch die Pflicht zu einer Entsprechenserklärung zu verschaffen. Dieser Kodex und seine späteren Neufassungen werden vom Bundesministerium der Justiz im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers bekannt gemacht (siehe auch Begründung zu Artikel 1 Nr. 1 [§ 25 AktG]).

Sodann bietet ein solcher Kodex auch die Chance einer Deregulierung und Flexibilisierung. Da der Kodex, soweit er nicht ohnedies zwingendes Recht nur wiedergibt, unverbindliche Verhaltensempfehlungen enthält, ist er wesentlich flexibler als eine zwingende und damit möglicherweise in vielen Fällen zu rigide gesetzliche Lösung. Den Unternehmen wird in Fällen, in denen sie es für sinnvoll oder geboten halten, die Möglichkeit gelassen, von den Kodex-Regeln abzuweichen.

Zugleich soll aber den Kapitalmarktteilnehmern die Information zur Verfügung gestellt werden, ob sich das Unternehmen, das den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, an die Verhaltensstandards des Kodex zu Unternehmensleitung und -kontrolle hält, bzw. wenn es hiervon abweicht, wie diese Abweichung aussieht.

Die Compliance-Erklärung ist von Vorstand und Aufsichtsrat abzugeben, da die Verhaltensempfehlungen sich an die Verwaltung insgesamt richten. Die Entsprechenserklärung bzw. die Darstellung unternehmensindividueller Modifikationen und Abweichungen soll in einem gesonderten Bericht erfolgen. Die Erklärung ist jährlich zu wiederholen. Die Pflicht zur jährlich erneuerten Erklärung über die Beachtung allgemeiner Regeln und Grundsätze guter Corporate Governance gewährleistet, dass Vorstand und Aufsichtsrat sich jährlich wiederkehrend inhaltlich mit diesen Fragen auseinandersetzen.

Der Kodex wird Darstellungen des geltenden Aktienrechts und über das Aktiengesetz hinausgehende Verhaltensempfehlungen und -anregungen enthalten.

Die Empfehlungen des Kodexes sind im Text durch die Verwendung des Wortes „soll“ gekennzeichnet. Die Unternehmen können von Empfehlungen abweichen, sind dann aber zur Offenlegung der Abweichungen verpflichtet. Ferner enthält der Kodex „Anregungen“, von denen ohne Offenlegung abgewichen werden kann. Hierfür verwendet der Kodex Begriffe wie „sollte“ oder „kann“. Diese Anregungen können nach Auffassung der Kodex-Kommission heute noch nicht als allgemein akzeptierte Best Practice angesehen werden. Wenn sich die Anregungen zu Best-Practice-Standards fortentwickeln, können sie anlässlich einer der nachfolgenden Überprüfungen des Kodexes als „Empfehlungen“ in den Kodex aufgenommen werden.

§ 161 AktG betrifft nur die Verhaltensempfehlungen. Die Entsprechenserklärung braucht sich also nicht auf die gesetzesdarstellenden Teile des Kodexes zu beziehen – zwingendes Gesetzesrecht ist von den Organen ohnehin einzuhalten. Die Erklärung braucht auch nicht die Anregungen abzudecken.

Werden die Verhaltensempfehlungen des Kodexes im Unternehmen allgemein eingehalten und gab es im Berichtszeitraum keine ins Gewicht fallenden Abweichungen, so kann sich die Erklärung mit der Feststellung begnügen: „Den Verhaltensempfehlungen der von der Bundesregierung eingesetzten Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung wurde im Berichtsjahr entsprochen und soll auch künftig entsprochen werden.“ Die Darstellungs- und Erläuterungspflicht erstreckt sich auf Abweichungen von den Verhaltensempfehlungen des Corporate-Governance-Kodexes im Einzelfall, vor allem aber auch auf generelle Abweichungen von den Verhaltensempfehlungen des Kodexes, sei es, dass diese Abweichungen in Satzung, Geschäftsordnung oder durch Vertrag festgelegt sind, sei es, dass es sich um eine dauernde Übung in der betreffenden Gesellschaft handelt. Dies soll es den Gesellschaften unter anderem auch ermöglichen, einen auf die unternehmensindividuellen Verhältnisse zugeschnittenen eigenen „Code of Best Practice“ zu entwickeln und dem Kapitalmarkt gegenüber offen zu legen. Die Gleichwertigkeit solcher Abweichungen zu bewerten, bleibt dem Kapitalmarkt überlassen. Natürlich darf die Gesellschaft nur von der Befolgung der über das Gesetzesrecht hinausgehenden Empfehlungen absehen, nicht vom zwingenden Aktienrecht – auch soweit es im Kodex in darstellender Weise wiedergegeben ist. Anzugeben sind nur negative Abweichungen, also Unterschreitungen des empfohlenen Verhaltensstandards oder gänzliche Nichtanwendungen. Eine Gesellschaft, die den Kodex übererfüllt, ist nicht verpflichtet, dies zu erklären, sie wird dies aber aus eigenem Antrieb tun. Abweichungen vom Verhaltensstandard sind nach § 161 AktG nur darzustellen. Eine gesetzliche Begründungspflicht besteht nicht. Das Gesetz braucht nicht zu etwas zu zwingen, was die Betroffenen schon aus eigenem Interesse tun. Es ist davon auszugehen, dass die Organe einer erklärten Abweichung eine Begründung folgen lassen.

Die Entsprechenserklärung ist vergangenheits- und zukunftsbezogen. Hinsichtlich der Zukunft kann die Erklärung nur eine unverbindliche Absichtserklärung bedeuten. Vorstand und Aufsichtsrat gehen dadurch keine Verpflichtung für alle Zeiten ein. Die Absichtserklärung kann jederzeit korrigiert oder zurückgenommen werden. Dazu dient die „dauerhaft“ zugängliche Entsprechenserklärung. Dauerhaft bedeutet nicht, dass die Gesellschaft den stets und immer möglichen technischen Zugriff auf die Website zu garantieren hat, sie hat aber dafür Sorge zu tragen, dass unter normalen Umständen die Erklärung einsehbar ist. Dies gibt ihr dann auch die Möglichkeit im Falle einer Änderung der Verhältnisse oder der Entscheidungsträger, die Entsprechenserklärung auch unterjährig abzuändern. Eventuelle Haftungsgefahren sind dann ausgeschlossen. Ist die Änderung der Entsprechenserklärung kursrelevant im Sinne des WpHG, so ist zusätzlich eine Ad-hoc-Meldung zu machen.

Zugänglichmachen bedeutet wie an anderen Stellen im Aktiengesetz, dass bereits eine Veröffentlichung auf der Website der Gesellschaft ausreicht. Die Erklärung ist dort nicht nur einmalig zu veröffentlichen, sondern in ihrer jeweiligen Fassung dauerhaft zugänglich zu machen und jährlich zu erneuern.

Darüber hinaus erscheint es als wünschenswert, wenn die Compliance-Erklärung bzw. die Darstellung der unternehmensindividuellen Praxis zu den betreffenden Empfehlungen des Kodexes in den Geschäftsbericht aufgenommen würde. Dies ist aber nicht vom Gesetz zu regeln, sondern könnte etwa Gegenstand einer Kodex-Empfehlung sein.

Weitere Publizität der Erklärung erfolgt durch die Jahresabschlusspublizität. In Artikel 2 des Entwurfs finden sich entsprechende Folgeänderungen (§ 285 Nr. 16, § 314 Abs. 1 Nr. 8 und § 325 Abs. 1 Satz 1 HGB-E). Unter anderem ist auch vorgesehen, dass die Erklärung mit den übrigen Unterlagen gemäß § 325 HGB zum Handelsregister eingereicht wird, so dass sich auch die Bekanntmachung gemäß § 325 Abs. 1 Satz 2 HGB hierauf bezieht.

**Zu Nummer 17** (§ 170 Abs. 1 Satz 2 AktG-E)

**Vorlage des Konzernabschlusses und -lageberichts an den Aufsichtsrat**

Die Ergänzung in § 170 Abs. 1 AktG übernimmt unverändert den Inhalt des geltenden § 337 Abs. 1 Satz 1 AktG, dessen Aufhebung im Zuge einer Neuregelung der Prüfung und Billigung des Konzernabschlusses durch Aufsichtsrat oder Hauptversammlung in Artikel 1 Nr. 26 vorgeschlagen wird.

**Zu Nummer 18** (§ 171 AktG)

**Billigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat**

Die Regierungskommission empfiehlt (Abschlussbericht Rn. 274), entsprechend den Vorschriften über den Einzelabschluss eine Billigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat und die Möglichkeit vorzusehen, diese Billigung der Hauptversammlung zu überlassen. Die Berichtspflicht des Aufsichtsrats gemäß § 171 Abs. 2 Satz 3 und 4 AktG sollte auf den Konzernabschluss erstreckt werden.

Diese Empfehlung wird mit den in Artikel 1 Nr. 14, 17 bis 19, 21 und 26 vorgeschlagenen Änderungen des Aktiengesetzes umgesetzt. Damit wird der zunehmenden Bedeutung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts als Informationsmedien Rechnung getragen. Mit dem Erfordernis einer förmlichen Billigung soll zugleich auf eine intensivierte Prüfung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat hingewirkt werden.

Die Änderung in § 171 Abs. 1 Satz 1 AktG hat lediglich redaktionellen Charakter. Sie stellt einen Formulierungsgleichlauf mit den Absätzen 2 und 3 her. Die Ergänzung in Satz 2 stellt klar, dass der Abschlussprüfer an den Beratungen des Aufsichtsrats auch über den Konzernabschluss teilzunehmen und über die wesentlichen Prüfungsergebnisse zu berichten hat.

Durch die Ergänzung des § 171 Abs. 2 AktG wird der Aufsichtsrat verpflichtet, auch zu dem Ergebnis der Prüfung des Konzernabschlusses Stellung zu nehmen und sich über die Billigung des vom Vorstand aufgestellten Konzernabschlusses zu erklären.

Die Anfügung in § 171 Abs. 3 Satz 3 AktG erstreckt die dort vorgesehene Fristenregelung bezüglich der Beantwortung der den Jahresabschluss betreffenden Vorlage des Vorstandes auf den Konzernabschluss.

Die erstmalige Anwendung des Absatzes 2 Satz 5 sowie des Absatzes 3 Satz 3 zweiter Halbsatz ergibt sich aus § 14 Abs. 1 Satz 4 EGAktG-E (vgl. Artikel 3 Abs. 3 Nr. 2).

**Zu Nummer 19** (§ 173 Abs. 1 Satz 2 AktG-E)

**Billigung des Konzernabschlusses durch die Hauptversammlung**

Aus § 173 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 171 Abs. 2 Satz 5 AktG-E ergibt sich, dass der Aufsichtsrat entweder auf die Vorlage des Vorstands hin selbst die Billigung des Konzernabschlusses beschließen kann oder dass – im Falle eines Dissenses zwischen Vorstand und Aufsichtsrat über den Konzernabschluss – die Billigungszuständigkeit der Hauptversammlung eingreift. Ein Bedürfnis für die entsprechende Anwendung des § 173 Abs. 2 und 3 AktG sieht der Entwurf nicht, da sich die Gewinnverwendung nicht nach dem Konzern-, sondern nach dem Einzelabschluss richtet, die Rechtsstellung der Aktionäre durch den Konzernabschluss mithin nicht berührt wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es vielmehr folgerichtig, wenn sich die Entscheidungsmöglichkeiten der Hauptversammlung auf Billigung oder Ablehnung des Konzernabschlusses beschränken, nicht aber dessen von der Vorlage des Vorstandes abweichende Feststellung umfassen.

Von Vorschriften über die Rechtsfolgen fehlender Billigung sieht der Entwurf ab, da dem Konzernabschluss im Unterschied zum Einzelabschluss keine rechtsbegründenden und -begrenzenden Wirkungen, insbesondere hinsichtlich der Ergebnisverwendung, zukommen. Eine der Informationsfunktion des Konzernabschlusses entsprechende Sanktion liegt aber schon darin, dass mit dem nach § 325 Abs. 3 Satz 1 HGB-E (Artikel 2 Nr. 15 Buchstabe b Doppelbuchstabe aa) offen zu legenden Bericht des Aufsichtsrats über den Konzernabschluss ggf. auch das Fehlen der Billigung des Aufsichtsrats öffentlich gemacht wird.

Die erstmalige Anwendung des Absatzes 1 Satz 2 ist in § 14 Abs. 1 Satz 4 EGAktG-E (vgl. Artikel 3 Abs. 3 Nr. 2) geregelt.

**Zu Nummer 20** (§ 174 Abs. 2 Nr. 2 AktG)

**Gewinnverwendung**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung des § 58 Abs. 5, der die Zulassung von Sachdividenden bringt.

**Zu Nummer 21** (§ 175 AktG)

**Vorlage des Konzernabschlusses und -lageberichts an die Hauptversammlung**

Die vorgeschlagenen Ergänzungen in § 175 AktG regeln vornehmlich die Vorlage des Konzernabschlusses, des Konzernlageberichts und des Berichts des Aufsichtsrates an die Hauptversammlung. Aus der Bestimmung des § 337 AktG, die nach Artikel 1 Nr. 26 des Entwurfs aufgehoben werden soll, werden die wesentlichen Regelungen der Absätze 2 und 3 übernommen mit den Modifikationen, die sich zum einen aus dem neu eingeführten Billigungserfordernis für den Konzernabschluss (Artikel 1 Nr. 18 und 19 – § 171 Abs. 2 Satz 5 und § 173 Abs. 1 Satz 2 AktG-E), zum anderen aus der in dem neu gefassten § 299 Abs. 1 HGB-E (Artikel 2 Nr. 6) geforderten Deckungsgleichheit zwischen dem Stichtag für Konzernabschluss und Einzelabschluss des Mutterunternehmens ergeben. Der in § 337 Abs. 3 AktG zusätzlich enthaltenen Verweisung auf § 176 Abs. 1 AktG bedarf es daneben nicht, da die letztgenannte Vorschrift auf die in § 175 Abs. 2 AktG genannten Vorlagen Bezug nimmt, zu denen nach dem Entwurf auch Konzernabschluss und Konzernlagebericht zählen; auch § 176 Abs. 1 Satz 3 und 4 AktG findet Anwendung, wenn der Konzernabschluss einen Fehlbetrag oder Verlust ausweist.

Im Einzelnen wird in § 175 Abs. 1 Satz 1 AktG-E die Einberufung der Hauptversammlung auch zum Zweck der Entgegennahme des vom Aufsichtsrat bereits gebilligten Konzernabschlusses sowie des Konzernlageberichts geregelt. Da der Entwurf in Artikel 2 Nr. 6 (Änderung des § 299 Abs. 1 HGB) bestimmt, dass künftig der Konzernabschluss stets auf den Stichtag des Jahresabschlusses des Mutterunternehmens aufzustellen ist, sind Jahresabschluss und Konzernabschluss für dasselbe Geschäftsjahr derselben Hauptversammlung vorzulegen.

Der neue § 175 Abs. 2 Satz 3 AktG-E trifft Bestimmungen über die Auslegung und die Erteilung von Abschriften der den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht betreffenden Vorlagen des Vorstands und des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung.

Nach dem geänderten § 175 Abs. 3 Satz 1 AktG-E gelten die Vorschriften der Absätze 1 und 2 über Konzernabschluss und Konzernlagebericht sinngemäß auch dann, wenn der Aufsichtsrat den Konzernabschluss nicht gebilligt hat, sondern die Entscheidung hierüber der Hauptversammlung obliegt (§ 173 Abs. 1 Satz 2 AktG-E, vgl. Artikel 1 Nr. 19).

Aus dem neuen § 175 Abs. 4 Satz 2 AktG-E ergibt sich, dass der Aufsichtsrat von der Einberufung der Hauptversammlung an an die in seinem Bericht über den Konzernabschluss enthaltene Erklärung über dessen Billigung oder Ablehnung (§ 171 Abs. 2 Satz 4 und 5 AktG-E, vgl. Artikel 1 Nr. 18 Buchstabe b) gebunden ist.

Fragen des Übergangsrechts regelt § 13 Abs. 1 Satz 2 bis 4 EGAktG-E (vgl. Artikel 3 Abs. 3 Nr. 1 des Entwurfs).

**Zu Nummer 22** (§ 186 Abs. 2 AktG)

**Bezugsfrist und Kursänderungsrisiko**

Nach § 186 Abs. 2 AktG hat der Vorstand bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen die Aktionäre zur Ausübung ihres Bezugsrechts aufzufordern. Dabei hat er gemäß § 186 Abs. 2 AktG unter anderem den Ausgabebetrag der jungen Aktien in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Ausgabebetrag muss nach bisher herrschender Meinung genau bezeichnet werden; es genügt nicht – anders als bei § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG – die Angabe einer Referenzgröße bzw. der Grundlagen, nach denen dieser Betrag errechnet wird. Hiergegen wird eingewandt, dies erschwere eine Berücksichtigung der aktuellen Marktsituation am Ende der Bezugsfrist und belaste jede Bezugsrechtskapitalerhöhung mit einem ca. dreiwöchigen Kursänderungsrisiko. Angesichts volatiler Märkte ist dieses mitunter sehr erheblich. Das geltende Recht gebe den Aktionären damit während der Bezugsfrist eine ungerechtfertigte Spekulationsmöglichkeit. Die Gesellschaft fungiere als kostenloser Stillhalter zugunsten derjenigen, die bis zum Ende der Zeichnungsfrist mit ihrer Erklärung abwarteten. Der Verlust aus dieser Stillhalterfunktion werde von der Gesellschaft, d. h. von allen Aktionären, also auch denen, die ihr Bezugsrecht sofort ausgeübt haben oder nicht ausüben wollen oder können, getragen.

Dies soll durch die Neufassung des Absatzes 2 geändert werden. Eine marktnähere Festsetzung von Ausübungspreisen liegt auch insofern im Interesse der Aktionäre, als dadurch die Form der Kapitalerhöhung gegen Einlagen unter Bezugsrechtseinräumung wieder attraktiver wird.

Freilich muss der konkrete Ausgabebetrag den Aktionären noch vor Zuteilung bekannt gegeben werden. Die Bezugsfrist von mindestens zwei Wochen, die noch dem alten Aktienrecht mit den damals gegebenen Kommunikationsmöglichkeiten und Zeiten mit möglicherweise weniger volatiler Kursentwicklung entstammt, ist als Überlegungsfrist durchaus angemessen und die Mindestfrist von zwei Wochen des § 186 Abs. 1 AktG ist zudem auch europarechtlich festgeschrieben (Artikel 29 Abs. 3 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie). Diese Frist erscheint für die Pflicht zur Angabe des Ausgabebetrages aber als zu lang – und ist hierfür auch nicht europarechtlich geboten. Den Aktionären kann durchaus zugemutet werden, sich binnen drei Tagen hinsichtlich der Ausübung ihres Bezugsrechts endgültig zu entscheiden, wenn ihnen das betreffende 3-Tages-Fenster rechtzeitig vorher mitgeteilt wurde. Sie können dann durchaus schon vorher zeichnen, sich die Rücknahme der Zeichnungserklärung für den Fall der Bekanntgabe eines unerwartet hohen Ausgabebetrages aber vorbehalten. Sie können aber auch auf der Basis der Berechnungsgrundlagen ohne weitere Beobachtung des späteren konkreten Ausgabebetrags zeichnen, weil sie in jedem Fall beziehen möchten. In ähnlicher Weise gibt es auch viele Anleger, die im Rahmen des Bookbuilding-Verfahrens ohne Limit zeichnen.

Um eine marktnähere Festsetzung von Ausübungspreisen zu ermöglichen, wird deshalb dem Vorstand die Möglich-

keit eingeräumt, die Festsetzung des Ausgabebetrages bis zu drei Tage vor Ablauf der Bezugsfrist vorzubehalten, und bei der Bezugsrechtsaufforderung zunächst entsprechend der Regelung des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG die Angabe einer Referenzgröße genügen zu lassen. Dies ermöglicht es zugleich, die Bezugsfrist großzügig lang zu gestalten.

**Zu Nummer 23** (§ 207 Abs. 3 AktG)

**Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln**

Nach § 207 Abs. 3 AktG kann eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erst beschlossen werden, nachdem der Jahresabschluss für das letzte vor der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung abgelaufene Geschäftsjahr (letzter Jahresabschluss) festgestellt ist. Die ersten Monate eines Geschäftsjahres kamen damit für einen Erhöhungsbeschluss faktisch nicht in Betracht, weil es bis zur Feststellung des Jahresabschlusses in aller Regel mehrere Monate dauert. Dies wirkte sich insbesondere für junge Unternehmen, die vor dem Erhöhungsbeschluss erst einen entsprechenden Jahresabschluss auf- und feststellen mussten, als Hindernis aus. Dieses Hindernis wird mit der Aufhebung des § 207 Abs. 3 AktG beseitigt.

Das Warten auf den Jahresabschluss lässt sich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, es müsse erst eine testierte Jahresbilanz vorliegen, die entsprechend hohe umwandlungsfähige Rücklagen ausweist. Denn die Jahresbilanz kann zwar dem Kapitalerhöhungsbeschluss zugrunde gelegt werden (§ 209 Abs. 1 AktG). Dies ist aber nicht zwingend; nach § 209 Abs. 2 bis 4 AktG kann auch eine sog. Erhöhungsbilanz Grundlage des Beschlusses sein. § 207 Abs. 3 AktG hat seinen Ursprung in der Vorläuferregelung des § 1 KapErhG, der allerdings noch zusätzlich vorsah, dass vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss die Hauptversammlung den Gewinnverwendungsbeschluss zu fassen hatte. Dieses Erfordernis sollte die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung sicherstellen. Bereits in der Aktienrechtsreform 1965 wurde darauf aber mit der Begründung verzichtet, es bestehe kein Anlass, der Hauptversammlung künftig vorzuschreiben, dass sie vor dem Beschluss über die Kapitalerhöhung erst über die Gewinnverwendung zu beschließen hat (Kropff, Aktiengesetz 1965 S. 310). Damit hat aber die Vorschrift des § 207 Abs. 3 AktG ihren Sinn im Wesentlichen eingebüßt. Will die Hauptversammlung die Entscheidung über eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur in Kenntnis der Jahresgewinnsituation und der zu erwartenden Ausschüttung treffen, steht es ihr frei, der Verwaltung die Umwandlung der Rücklagen in Grundkapital zu verweigern.

**Zu Nummer 24** (Überschrift)

Die Überschrift des Sechsten Teils 3. Abschnitt 3. Unterabschnitt wird neu gefasst, da bei der Einziehung von Stückaktien nicht notwendig eine Kapitalherabsetzung stattfinden muss.

**Zu Nummer 25** (§ 237 AktG)

**Einziehung von Stückaktien ohne Kapitalherabsetzung**

Die Einziehung von Aktien geht nach geltendem Recht zwangsläufig mit einer Kapitalherabsetzung einher (vgl. § 237 AktG). Diese Regelung stammt aus der Zeit vor Einführung der Stückaktie, ist also auf die Nennbetragsaktie zugeschnitten. Bei Stückaktien ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Einziehung zu einer Kapitalherabsetzung führen muss. Im Gegenteil entspricht es der rechtlichen Konstruktion der Stückaktie eher, dass das Grundkapital bei einer Einziehung unverändert bleibt, und die verbleibenden Aktien einen entsprechend höheren Anteil am Grundkapital haben (§ 8 Abs. 3 AktG). Der jeweils gültige anteilige Betrag errechnet sich nach der Zahl der Aktien im Verhältnis zum Grundkapital. Die aktuell gültige Zahl der Aktien ist in der Satzung anzugeben. Einer Kapitalherabsetzung bedarf es nicht. Um Klarheit zu haben, welcher Weg beschritten werden soll, hat der Hauptversammlungsbeschluss über die Einziehung zugleich zu bestimmen, ob die Einziehung der Stückaktien eine Form der Kapitalherabsetzung sein, oder ob lediglich der anteilige Betrag am Grundkapital angepasst werden soll. Wird eine solche Angabe versehentlich oder absichtlich im Beschluss der Hauptversammlung unterlassen, so bleibt es wegen der Regel-Ausnahme-Formulierung des § 237 AktG allerdings dabei, dass die Einziehung zur Kapitalherabsetzung führt. Ermächtigt die Hauptversammlung den Vorstand zur Einziehung von Aktien, so kann sie zugleich eine Ermächtigung aussprechen, die Zahlenangabe in der Satzung insoweit anzupassen. Die Satzungsanpassung ist dem Handelsregister anzumelden.

**Zu Nummer 26** (Aufhebung des § 337 AktG)

Mit der in Artikel 1 Nr. 14, 17 bis 19 und 21 vorgeschlagenen Neustrukturierung der Regelungen über die Prüfung und Billigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat und über dessen Vorlage an die Hauptversammlung wird die – eher versteckt angesiedelte – Vorschrift des § 337 AktG entbehrlich. Ihre Regelungsinhalte sind, soweit erforderlich, in § 131 Abs. 1 Satz 4, § 170 Abs. 1 Satz 2, § 175 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 1 AktG-E übernommen worden (vgl. Artikel 1 Nr. 14, 17 und 21).

**Zu Nummer 27** (§ 404 AktG)

**Verletzung der Geheimhaltungspflicht**

Mangelnde Vertraulichkeit fügt dem Aufsichtsrat in seiner konkreten Arbeit, aber auch dem deutschen Aufsichtsratssystem insgesamt schwersten Schaden zu. Die vorgeschlagene Regelung flankiert die Betonung der Verschwiegenheitspflicht in Artikel 1 (§ 116 AktG); auf die dortige Begründung wird verwiesen.

Es soll daher neben der Hervorhebung der allgemeinen Verhaltenspflicht zur Verschwiegenheit in § 116 AktG der Strafrahmen des § 404 AktG angehoben werden. § 404 AktG bedroht bisher die unbefugte Offenbarung von Gesellschaftsgeheimnissen durch Organmitglieder mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe (Absatz 1) sowie bei Handeln gegen Entgelt oder in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe (Absatz 2). Die Strafandrohung soll beschränkt auf börsennotierte Gesellschaften um jeweils ein Jahr angehoben werden. Der gewünschte Abschreckungseffekt lässt sich nur durch eine deutlichere Strafandrohung erzielen. § 404 AktG steht freilich in einem Gesamtzusammenhang mit Strafvorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts, die allesamt vergleichbare Tatbestände betreffen und im Aufbau sowie in der Höhe der angedrohten Sanktionen identisch sind. Zu nennen sind hier insbeson-

dere die §§ 203 und 204 StGB, der § 333 HGB, der § 85 GmbHG, der § 151 GenG, der § 120 BetrVG sowie der § 44 EBRG. Von diesem Gesamtzusammenhang können aus systematischen Überlegungen nur bei gewichtigen Gründen Ausnahmen gemacht werden. Die sachliche Differenzierung für die Heraushebung des Geheimnisverrats im Rahmen des § 404 AktG liegt in der typischerweise besonders großen wirtschaftlichen Tragweite eines solchen Vergehens bei der börsennotierten Gesellschaft und in der Gefährdung des deutschen Corporate-Governance-Systems als Ganzes, das durch einen Mangel an Vertraulichkeit in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird. Die Änderung ist deshalb auf die börsennotierte Aktiengesellschaft beschränkt worden (Legaldefinition in § 3 Abs. 2 AktG).

## B.

## **Zu Artikel 2** (Änderung des Handelsgesetzbuchs)

### **Zu Nummer 1 Buchstabe a** (§ 285 Nr. 9 HGB)

**Angaben zu aktienbasierten Organbezügen**

Die Regierungskommission (Abschlussbericht Rn. 259) empfiehlt eine Klarstellung, dass zu den im Anhang des Jahresabschlusses einer Kapitalgesellschaft anzugebenden Gesamtbezügen der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans, eines Aufsichtsrats oder Beirats oder einer ähnlichen Einrichtung auch aktienbasierte Vergütungszusagen sowie die Gewinne aus solchen Zusagen gehören. Hinsichtlich der aktienbasierten Vergütungsbestandteile wird diese Klarstellung in § 285 Nr. 9 Buchstabe a HGB-E durch Ergänzung des den Begriff der Gesamtbezüge erläuternden Klammerzusatzes vorgenommen. Die Einbeziehung in die Angabe der Gesamtvergütung ist unabhängig von der – im Einzelnen umstrittenen – Frage, inwieweit einzelne Vergütungskomponenten als Personalaufwand des Unternehmens zu erfassen sein könnten (vgl. dazu z. B. Müller in WP-Handbuch 2000 Rn. S. 43 m. w. Nachw.).

In der Grundtendenz zielt der Vorschlag auf erhöhte Transparenz der Anreizstrukturen in den Leitungsgremien. Eine Aufschlüsselung der Gesamtbezüge, um speziell die aktienbasierten Vergütungsbestandteile erkennbar zu machen, wird von der Regierungskommission als empfehlenswerte Anforderung im Rahmen des Code of Best Practice genannt, jedoch nicht zur Aufnahme in den Kreis der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtangaben empfohlen. Für noch nicht umsetzungsreif wird der Entwurf der Regierungskommission gehalten, auch Gewinne, welche die Organmitglieder aus aktienbasierten Vergütungen erzielen, in die Gesamtvergütungsangabe nach § 285 Nr. 9 Buchstabe a HGB einzubeziehen. Dies würde in Anbetracht der noch andauernden Diskussion auch auf internationaler Ebene um Ansatz und Bewertung aktienbasierter Vergütungskomponenten erhebliche Ermessensspielräume eröffnen und den Informationswert entsprechender Angaben in Frage stellen.

### **Zu Nummer 1 Buchstabe b** (§ 285 Nr. 16 HGB-E)

**Angaben zur Entsprechenserklärung**

§ 285 Abs. 1 Nr. 16 ergänzt die in Artikel 1 Nr. 16 vorgesehene Regelung (§ 161 des Aktiengesetzes). Im Anhang zum Jahresabschluss ist insoweit künftig allerdings nur anzugeben, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Der Inhalt der nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebenen Erklärung selbst wird dagegen nicht zum Gegenstand des Anhangs gemacht und ist auch nicht Gegenstand der Prüfung. Der Abschlussprüfer hat vielmehr im Rahmen seiner Prüfung nur festzustellen, ob die in § 285 Abs. 1 Nr. 16 geforderte Aussage zutrifft, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht ist.

Wurde die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung nicht abgegeben oder den Aktionären zugänglich gemacht, bedeutet dies, dass der Abschlussprüfer seinen Bestätigungsvermerk einzuschränken hat (§ 322 Abs. 4 HGB). Stellt der Abschlussprüfer bei seiner Prüfung Unregelmäßigkeiten fest, die die Erklärung der Verwaltung als unrichtig erscheinen lassen, so ist dies im Prüferbericht gemäß § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB darzustellen. Diese Auswirkungen treten ein, ohne dass die Vorschriften über den Prüfungsbericht (§ 321) und den Bestätigungsvermerk (§ 322) noch geändert werden müssten.

### **Zu Nummer 2** (§ 286 Abs. 3 Satz 3 und 4 HGB-E)

**Einschränkung der Schutzklausel bei kapitalmarktorientierten Unternehmen**

Die Schutzklausel des § 286 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB soll künftig nur noch für solche Unternehmen gelten, die nicht den organisierten Kapitalmarkt in Anspruch nehmen. Die Angabepflichten im Anhang des Jahresabschlusses und des Konzernabschlusses sollen einander entsprechen. Auf die Begründung zu § 313 Abs. 3 HGB-E (vgl. Artikel 2 Nr. 10) wird verwiesen.

### **Zu Nummer 3** (§ 291 Abs. 3 HGB)

**Ausnahme von der Befreiung von der Konsolidierungspflicht bei amtlich notierten Unternehmen**

Der Vorschlag zur Änderung des § 291 Abs. 3 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des Deutschen Rechnungslegungs Standard Committees e. V. (DRSC e. V.).

In § 291 Abs. 3 HGB wird lediglich die Nummer 1 neu eingefügt. Nummer 2 entspricht dem bisherigen Wortlaut der Bestimmung. Die Ergänzung in der Nummer 1, die die Befreiung von der Konzernaufstellungspflicht nach Absatz 2 künftig auch einem Mutterunternehmen vorenthält, das selbst oder durch ein Tochterunternehmen Aktien ausgegeben hat, die zum Handel im amtlichen Markt zugelassen sind, ist im Interesse transparenter Kapitalmärkte erforderlich. Die Beschränkung auf den amtlichen Markt entspricht dem derzeitigen Wortlaut des Artikels 7 Abs. 3 der EU-Richtlinie 83/349/EWG unter Berücksichtigung des Entwurfs der Bundesregierung für ein Viertes Finanzmarktförderungsgesetz (Bundesratsdrucksache 936/01 – neu –). Die EU-Kommission erwägt zwar derzeit, demnächst die Änderung des Wortlauts über den Ausschluss von der Befreiung von der Konzernabschlussaufstellungspflicht auf den organisierten Markt vorzuschlagen. Gleichwohl soll durch die jetzt vorgeschlagene Fassung den Unternehmen eine schrittweise Heranführung an international geltende Erfordernisse

ermöglicht werden, um ihnen größere Belastungen zu ersparen.

**Zu Nummer 4** (§ 297 Abs. 1 HGB)

**Erweiterung des Konzernabschlusses bei kapitalmarktorientierten Unternehmen**

Der Vorschlag zur Änderung des § 297 HGB beruht, von geringfügigen Modifikationen abgesehen, auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

Die Neufassung des Absatzes 1 Satz 2 enthält drei wesentliche neue Elemente:

– Bislang sind lediglich börsennotierte Konzerne verpflichtet, den Konzernanhang um eine Kapitalflussrechnung sowie eine Segmentberichterstattung zu erweitern. Beide Elemente sollen künftig in Anpassung an IAS-Regelungen nicht mehr Teil des Anhangs, sondern eigenständige Bestandteile des Jahresabschlusses werden; ihr Stellenwert wird damit aufgewertet.

– Darüber hinaus soll der Kreis der zur Erstellung dieser beiden aufgewerteten Elemente des Jahresabschlusses verpflichteten Konzerne erweitert werden. Nach geltendem Recht sind bislang lediglich börsennotierte Konzerne verpflichtet, künftig sollen dagegen auch bereits solche Konzerne verpflichtet werden, die einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) durch von ihnen oder einem Tochterunternehmen ausgegebenen Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 WpHG in Anspruch nehmen. Hiermit soll der Kreis der verpflichteten Konzerne an die bereits mit dem Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz erweiterte Fassung des § 292a Abs. 1 HGB angepasst werden. Einen entsprechenden Vorschlag hat auch die Regierungskommission „Corporate Governance“ gemacht.

– Schließlich soll zu den beiden bereits vorhandenen Elementen der Eigenkapitalspiegel hinzukommen, der nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen Bestandteil des Konzernabschlusses ist. Eine solche Erweiterung steht im Einklang mit der Konzernbilanzrichtlinie der EU, die es nicht verbietet, über die in Artikel 16 Abs. 1 genannten Bestandteile hinaus weitere Angaben zu gestatten oder vorzuschreiben. Veränderungen des Eigenkapitals im Konzernabschluss sind für Außenstehende nur dann nachvollziehbar, wenn die Behandlung von Umrechnungsdifferenzen aus der Währungsumrechnung, Differenzen aus der Kapitalkonsolidierung und erfolgsneutrale Veränderungen aus der Bewertung zum beizulegenden Zeitwert umfassend dokumentiert werden. Auch hier ist wie bisher schon bei den neuen Begriffen der Kapitalflussrechnung sowie der Segmentberichterstattung bewusst darauf verzichtet worden, die einzelnen Voraussetzungen gesetzlich näher zu beschreiben. Hierzu gibt es bereits einen Standard des DRSC e. V., nämlich DRS 7.

**Zu Nummer 5** (§ 298 HGB)

**Ausschluss der Anwendung steuerrechtlich motivierter Ansatz- und Bewertungsvorschriften auf den Konzernabschluss**

Der Vorschlag zur Änderung des § 298 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

Die Änderung, die eine entsprechende Anwendung des § 247 Abs. 3, der §§ 254 und 273, des § 279 Abs. 2, des § 280 Abs. 2 und 3 sowie des § 281 HGB auf den Konzernabschluss und damit im Ergebnis die Berücksichtigung steuerrechtlich bedingter Wertansätze in der Konzernbilanz ausschließt, hängt mit der Aufhebung des § 308 Abs. 3 HGB (vgl. Artikel 2 Nr. 9) zusammen, durch die die umgekehrte Maßgeblichkeit für den Konzernabschluss hinsichtlich der Wertansätze beseitigt wird.

**Zu Nummer 6** (§ 299 Abs. 1 HGB)

**Stichtag des Konzernabschlusses**

Der Vorschlag zur Änderung des § 299 Abs. 1 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

Die vereinfachende Neufassung des Absatzes 1 stellt künftig klar, dass es für den Abschlussstichtag des Konzernabschlusses nur noch auf den Stichtag des Mutterunternehmens ankommt. Dieser mit der Konzernbilanzrichtlinie und den hier vorgesehenen Mitgliedstaatenwahlrechten zu vereinbarende Verzicht auf abweichend festzulegende Stichtage folgt der tatsächlichen Bilanzierungspraxis, die offensichtlich keinen Bedarf für vom Abschlussstichtag des Mutterunternehmens abweichende Stichtage des Konzernabschlusses mehr sieht. Dementsprechend entfällt auch die Notwendigkeit der Begründung und Erläuterung von Abweichungen im Konzernanhang.

**Zu Nummer 7** (§ 301 Abs. 1 HGB)

**Abschaffung der Anschaffungskostenrestriktion bei der Neubewertungsmethode**

Der Vorschlag zur Änderung des § 301 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

§ 301 Abs. 1 Satz 4 HGB in der geltenden Fassung sieht vor, dass bei Anwendung der Neubewertungsmethode der Kaufpreis für die erworbenen Anteile nicht durch die Auflösung stiller Reserven überschritten werden darf. Diese so genannte Anschaffungskostenrestriktion ist nicht durch die Konzernbilanzrichtlinie der EU vorgegeben. Sie soll ersatzlos aufgehoben werden, um auch den Fall zu berücksichtigen, dass die Anschaffungskosten für ein erworbenes Unternehmen niedriger sind als der Saldo der im Rahmen der Erstkonsolidierung anzusetzenden neubewerteten Vermögenswerte (ohne Goodwill) und Schulden.

**Zu Nummer 8** (§ 304 HGB)

**Zwischenergebniseliminierung bei Konzernbinnenumsätzen**

Der Vorschlag zur Änderung des § 304 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

§ 304 Abs. 2 HGB lässt einen Verzicht auf die Eliminierung von Zwischenergebnissen zu, wenn Lieferungen und Leistungen zu üblichen Marktbedingungen vorgenommen wurden und ein unverhältnismäßig hoher Ermittlungsaufwand entstehen würde. Mit dieser Vorschrift wurde das Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 26 Abs. 2 der Konzernbilanzrichtlinie der EU umgesetzt. Der Verzicht auf die Zwischenergebniseliminierung verstößt grundsätzlich gegen die Zielsetzung des Konzernabschlusses und beeinträchtigt den Einblick in die Finanz-, Vermögens- und Ertragslage des

Konzerns ggf. erheblich. § 304 Abs. 2 HGB soll dementsprechend ersatzlos aufgehoben werden. Die Streichung des Wortes „außerdem“ in Absatz 3 ist eine Folgeänderung zur Aufhebung des Absatzes 2.

**Zu Nummer 9** (§ 308 Abs. 3 HGB)

**Ausschluss der umgekehrten Maßgeblichkeit im Konzernabschluss**

Im Konzernabschluss soll es künftig nicht mehr zulässig sein, dass die zu übernehmenden Gegenstände oder Schulden im Jahresabschluss eines in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmens mit einem nur nach Steuerrecht zulässigen Bilanzwert übernommen werden dürfen. Die umgekehrte Maßgeblichkeit soll vielmehr für den Konzernabschluss aufgehoben werden. In Ergänzung hierzu wird in § 298 HGB die Bezugnahme auf die betreffenden für den Einzelabschluss nach wie vor geltenden Bestimmungen des § 247 Abs. 3, der §§ 254 und 273, des § 279 Abs. 2, des § 280 Abs. 2 und 3 sowie des § 281 HGB gestrichen.

Der Einfluss steuerlicher Bewertungsregeln auf das Handelsbilanzrecht wird von Kritikern häufig als Ursache für dessen eingeschränkte Aussagekraft angesehen. International ist ein solcher steuerlicher Einfluss nicht üblich. Die Aufhebung dieses Grundsatzes jedenfalls für den Konzernabschluss, die auf einen Vorschlag des DRSC e. V. zurückgeht, ist ein deutliches Signal und stellt klar, dass sich die deutschen Konzernabschlussregeln künftig sehr viel stärker an internationalen Regeln orientieren.

**Zu Nummer 10** (§ 313 Abs. 3 HGB)

**Einschränkung der Schutzklausel bei kapitalmarktorientierten Unternehmen**

Der Vorschlag zur Änderung des § 313 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

§ 313 Abs. 3 HGB gibt das Mitgliedstaatenwahlrecht der Konzernbilanzrichtlinie der EU weiter, von Angaben zum Konsolidierungskreis und Konzernanteilsbesitz abzusehen, wenn durch diese Angaben erhebliche Nachteile entstehen können. In international anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung sind derartige Schutzklauseln unbekannt. Die Informationsfunktion des Konzernabschlusses ist über die Interessen des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und der Beteiligungsunternehmen zu stellen. Die Schutzklausel soll deshalb für solche Unternehmen aufgehoben werden, die selbst oder durch ein Tochterunternehmen einen organisierten Kapitalmarkt im Sinne des § 292a Abs. 1 Satz 1 und 2 HGB in Anspruch nehmen.

**Zu Nummer 11** (§ 314 HGB)

**Angaben im Konzernanhang**

**Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe aa**
(§ 314 Abs. 1 Nr. 5 HGB)

Der Entwurf schlägt mit der Änderung des § 298 Abs. 1 und der Aufhebung des § 308 Abs. 3 HGB die Ausschaltung der steuerrechtlichen Einflüsse auf den Konzernabschluss vor, auf deren Transparenz die Vorschrift des § 314 Abs. 1 Nr. 5 HGB abzielt. Diese Bestimmung wird daher als Folge zu den genannten Regelungsvorschlägen in Artikel 2 Nr. 5 und 9 entbehrlich.

**Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe bb**
(§ 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB)

Auch mit diesem Vorschlag übernimmt der Entwurf eine Empfehlung der Regierungskommission (Abschlussbericht Rn. 259). Entsprechend der in Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe a des Entwurfs vorgesehenen Änderung des § 285 Nr. 9 Buchstabe a HGB wird auch für die Pflichtangaben im Anhang zum Konzernabschluss eine Klarstellung vorgeschlagen, dass die für die Mitglieder der Leitungsgremien des Mutterunternehmens offen zu legenden Gesamtbezüge auch aktienbasierte Vergütungsbestandteile umfasst.

**Zu Buchstabe a Doppelbuchstabe cc**
(§ 314 Abs. 1 Nr. 8 HGB)

Die neue Nummer 8 des § 314 Abs. 1 HGB beinhaltet eine weitere Ergänzung zu der in Artikel 1 vorgesehenen Regelung über die sog. Compliance-Erklärung (§ 161 des Aktiengesetzes). Wie für den Einzelabschluss in § 285 Nr. 16 HGB-E (Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe b), so werden auch für den Konzernabschluss Angaben darüber gefordert, dass die nach § 161 AktG-E erforderliche Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Das Mutterunternehmen hat die entsprechenden Angaben für jede in den Konzernanhang einbezogene Gesellschaft im Sinne des § 3 Abs. 2 AktG in den Konzernanhang aufzunehmen.

**Zu Buchstabe b** (§ 314 Abs. 2 HGB)

Der Vorschlag zur Änderung des § 314 Abs. 2 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e. V.

§ 314 Abs. 2 HGB sieht vor, dass die Aufgliederung von Umsatzerlösen nach Tätigkeitsbereichen sowie nach geographisch bestimmten Märkten unterbleiben kann, wenn sich aus der Angabe ein erheblicher Nachteil für ein in den Konzernabschluss einbezogenes Unternehmen ergeben dürfte. Dieser Schutzklausel liegt das Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 35 der Konzernbilanzrichtlinie der EU zugrunde. In international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen sind Schutzklauseln für Segmentinformationen unbekannt. Von dem im Bilanzrichtlinien-Gesetz ausgeübten Mitgliedstaatenwahlrecht der Schutzklausel wird Abstand genommen.

Die Aufgliederung der Umsatzerlöse, die als Ersatzinformation für eine fehlende Segmentberichterstattung gedacht war, ist bei Unternehmen, die nach § 297 Abs. 1 HGB verpflichtet sind, eine Segmentberichterstattung aufzustellen (vgl. Artikel 2 Nr. 4) oder dies freiwillig tun, hinfällig. Diese Unternehmen werden daher von der Verpflichtung zur Aufgliederung der Umsatzerlöse (§ 314 Abs. 1 Nr. 3 HGB) befreit.

**Zu Nummer 12** (§ 316 Abs. 2 HGB)

**Erfordernis der Prüfung des Konzernabschlusses**

Der Vorschlag hat eine Folgeänderung zu Artikel 1 Nr. 18 und 19 zum Gegenstand, mit dem eine Empfehlung der Regierungskommission übernommen wird. Die Anfügung in § 316 Abs. 2 HGB überträgt die für den Einzelabschluss geltende Regelung des Absatzes 1 Satz 2 auf den Konzernabschluss, der künftig einer förmlichen Billigung als Korrelat zur Feststellung des Einzelabschlusses bedarf.

**Zu Nummer 13** (§ 317 Abs. 4 HGB)

**Prüfung des Risikoüberwachungssystems bei börsennotierten Gesellschaften**

Mit der Änderung des § 317 Abs. 4 HGB, dessen Änderung im Entwurf der Bundesregierung für ein Viertes Finanzmarktförderungsgesetz (Bundesratsdrucksache 936/01 – neu –) vorgesehen ist, wird die Empfehlung der Regierungskommission (Abschlussbericht Rn. 273) umgesetzt, das Prüfungs- und Berichtserfordernis hinsichtlich eines vom Vorstand nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtenden Risikoüberwachungssystems (§ 317 Abs. 4, § 321 Abs. 4 HGB) auf alle (auch nicht amtlich) börsennotierten Aktiengesellschaften auszudehnen.

**Zu Nummer 14** (§ 321 HGB)

**Inhalt des Prüfungsberichts**

Mit der Änderung des § 321 HGB soll die mit dem Gesetz über Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786 – KonTraG) eingeschlagene Richtung, die im Prüfungsbericht gegebene Darstellung und Bewertung des Prüfungsergebnisses problemorientierter zu gestalten, konsequent fortgesetzt werden. In der Regierungskommission „Corporate Governance“ ist eine entsprechende Änderung des § 321 HGB zwar diskutiert worden, ohne dass es jedoch zu einer konkreten Empfehlung gekommen ist. Fraglich war nach Auffassung der Regierungskommission insbesondere, ob die Verpflichtung des Abschlussprüfers, die Posten des Jahresabschlusses aufzugliedern und zu erläutern, schwerpunktorientierter erfolgen könne. Diesem Anliegen soll nunmehr insbesondere mit der neuen Formulierung des Absatzes 2 Satz 4 Rechnung getragen werden.

Zunächst soll allerdings durch die Neufassung des Absatzes 1 Satz 3 die mit dem KonTraG eingefügte „Negativerklärung“ zugunsten einer „Positiverklärung“ ersetzt werden. Demzufolge hat der Prüfer künftig nicht mehr zu berichten, „ob“ er bei Durchführung seiner Prüfung Unrichtigkeiten oder Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften oder aber bestandsgefährdende oder die Entwicklung des Unternehmens wesentlich beeinträchtigende Tatsachen festgestellt hat. Vielmehr hat der Prüfer künftig nur positiv über entsprechende Feststellungen zu berichten. Eine Einschränkung des Prüfungsinhaltes ist damit nicht verbunden. In Erweiterung der bisherigen Regelung hat der Prüfer künftig aber nicht nur über Tatsachen zu berichten, die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder Arbeitnehmer gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung „darstellen“, sondern bereits über solche Tatsachen, die entsprechende Verstöße „erkennen lassen“. Eine rechtliche Subsumtion ist künftig nicht mehr in dem bisherigen Maß erforderlich. Die Änderung entspricht insoweit einem Vorschlag der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Abschlussbericht Rn. 90).

In Absatz 2 Satz 1 wird die bisher geforderte „Darstellung“, ob Buchführung und die weiteren geprüften Unterlagen, insbesondere der Jahresabschluss, den gesetzlichen Vorschriften entsprechen, künftig durch eine entsprechende „Feststellung“ ersetzt. Damit wird auf die Darstellung von unwesentlichen und unproblematischen Teilen des Jahresabschlusses verzichtet werden können. Demgegenüber wird jedoch in Satz 2 künftig ausdrücklich auch ein Bericht über diejenigen Beanstandungen gefordert, die im Ergebnis nicht zu einer Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks geführt haben, soweit dies für die Überwachung der Geschäftsführung und des geprüften Unternehmens von Bedeutung ist. Auch damit soll mehr Raum zu einer problemorientierten Darstellung gegeben werden. Eine wesentliche Steigerung der Aussagekraft und Problemorientierung des Prüfungsberichtes soll mit dem neuen Satz 4 erreicht werden. Statt der bisher geforderten Aufgliederung und Erläuterung der Posten des Jahresabschlusses soll künftig auf die wesentlichen Bewertungsgrundlagen und die Ausnutzung der vorhandenen Bilanzierungs- und Bewertungsspielräume unterschiedlicher Art eingegangen werden. Damit wird der Abschlussprüfer insbesondere bei schlechter wirtschaftlicher Entwicklung vorgenommene Abschreibungen oder auch das Unterlassen von Abschreibungen zu erläutern haben, soweit dies nicht unwesentlich ist. Dabei kann auch die Angemessenheit der vom Vorstand zugrunde gelegten Ertragsaussichten zu berücksichtigen sein, die ihrerseits wiederum für den Verkehrswert von Vermögensgegenständen von Bedeutung sind. Ebenso wird künftig im Prüfungsbericht dazustellen sein, wenn Rückstellungen in größerem Umfang aufgelöst worden sind und dies auf einer geänderten Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme beruht. Auch sachverhaltsgestaltende Maßnahmen wie z. B. Sale-and-lease-back-Geschäfte sind künftig ggf. darzustellen und zu erläutern.

Einer weiteren Forderung der Regierungskommission, die Berichterstattung über die Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses künftig von der Berichterstattung gegenüber Aufsichtsämtern oder Behörden zu trennen, wird ggf. nicht im Rahmen des § 321 HGB, sondern in den jeweiligen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu entsprechen sein. Dies bedarf aber noch der vertieften Prüfung.

Nicht gefolgt werden soll im Übrigen dem Vorschlag der Regierungskommission, die Berichterstattung über nicht rechnungslegungsbezogene Gesetzes- und Satzungsverstöße künftig in eine vom Prüfungsbericht gesonderte Erklärung aufzunehmen. Die Regierungskommission hat dies damit begründet, dass Prüfungsberichte unter Umständen auch Aufsichtsbehörden, Finanzämtern oder Kreditinstituten vorgelegt werden und – wenn stattdessen künftig eine gesonderte Erklärung erforderlich sei – es dem Abschlussprüfer künftig erleichtert werde, positive Feststellungen zu machen. Jedoch dürfte nicht davon auszugehen sein, dass eine entsprechende gesonderte Erklärung mit einem höheren Vertraulichkeitsgrad behandelt werden kann. Vielmehr wird davon auszugehen sein, dass diejenigen Institutionen, die bisher die Vorlage des Prüfungsberichtes verlangt haben, dann auch die Vorlage der entsprechenden gesonderten Erklärung des Abschlussprüfers verlangen werden. Zumindest bei privaten Institutionen wie zum Beispiel Banken wird sich die Ausübung einer entsprechenden Nachfragemacht auch nicht ausschließen lassen.

**Zu Nummer 15 Buchstabe a** (§ 325 Abs. 1 HGB)

**Offenlegung der Entsprechenserklärung (§ 161 AktG-E) zum Jahresabschluss**

Die Änderung in § 325 Abs. 1 HGB ergänzt die in Artikel 1 Nr. 16 vorgesehene Regelung (§ 161 des Aktiengesetzes).

Die durch die letztgenannte Vorschrift geforderte „Comply-or-explain“-Erklärung muss, um ihren Schutzzweck erfüllen zu können, in den Kreis der offen zu legenden Unterlagen aufgenommen werden.

**Zu Nummer 15 Buchstabe b** (§ 325 Abs. 3 HGB)

**Offenlegung des Berichts des Aufsichtsrats über den Konzernabschluss**

Der Vorschlag hat eine Folgeänderung zu Artikel 1 Nr. 18 zum Gegenstand, mit dem eine Empfehlung der Regierungskommission übernommen wird. Da der Entwurf die Berichtspflicht des Aufsichtsrats in Bezug auf den Konzernabschluss ausbaut und darüber hinaus eine Erklärung des Aufsichtsrats über die Billigung des Konzernabschlusses vorsieht, erscheint es folgerichtig, auch die Offenlegung des Konzernabschlusses um den Bericht des Aufsichtsrats zu erweitern. Dies wird mit der Einfügung in § 325 Abs. 3 Satz 1 HGB vorgeschlagen. Der neu einzufügende Satz 2 nimmt auf die – in § 171 Abs. 2 Satz 1 AktG angelegte – Möglichkeit Bezug, die Berichterstattung des Aufsichtsrats über Einzel- und Konzernabschluss in einem einheitlichen Dokument zusammenzufassen. Macht der Aufsichtsrat des Mutterunternehmens von dieser Möglichkeit Gebrauch, so besteht unter den Voraussetzungen des § 325 Abs. 3 Satz 2 HGB-E kein Zwang zu doppelter Bekanntmachung des einheitlichen Berichts.

**Zu Nummer 16** (§ 341 Abs. 4 Satz 2 HGB)

**Bewertung von Kapitalanlagen bei Pensionsfonds**

Aufgrund des Artikels 16 Nr. 3 des Altersvermögensgesetzes (AVmG) haben Pensionsfonds die handelsrechtlichen Rechnungslegungsbestimmungen des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs anzuwenden (§ 341 Abs. 4 HGB). Im Rahmen des Satzes 2 wurde festgelegt, dass diejenigen Pensionsfonds, die in ihrer Ausgestaltung den fondsgebundenen Lebensversicherungen ähneln und bei denen die Kapitalanlage auf Rechnung und Risiko der Arbeitnehmer erfolgt, die Kapitalanlagen mit dem Zeitwert zu bilanzieren haben.

Es hat sich in der Zwischenzeit herausgestellt, dass die vorbezeichneten Regeln in gleicher Weise gelten müssen, wenn der Arbeitgeber die Beitragszusagen selbst finanziert und wirtschaftlich das Anlagerisiko hierfür trägt. Aus diesem Grund ist Satz 2 des Absatzes 4 dahin gehend zu ergänzen, dass Kapitalanlagen für Rechnung und Risiko von Arbeitgebern ebenso wie diejenigen von Arbeitnehmern mit dem Zeitwert unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Vorsicht zu bewerten sind.

**Zu Nummer 17** (§ 341j Abs. 2 HGB)

**Zwischenergebniseliminierung im Versicherungskonzern**

Die Aufhebung des § 304 Abs. 2 HGB hat eine Neuformulierung des § 341j Abs. 2 HGB notwendig gemacht, durch die ein Weiterbestehen der bisherigen Regelung für Versicherungsunternehmen sichergestellt ist.

## Zu Artikel 3

**Zu Absatz 1** (Ergänzung des EGHGB um einen Achtzehnten Abschnitt)[1]

Der neu angefügte Artikel 54 EGHGB regelt die erstmalige Anwendung der nach dem Vorschlag des Entwurfs zu ändernden Vorschriften des HGB. Die neuen Bestimmungen sollen danach grundsätzlich vom Geschäftsjahr 2003 an gelten. Damit erhalten die betroffenen Unternehmen ausreichend Zeit, um sich auf die neuen Regelungen einzustellen. Zugleich wird geregelt, dass die neuen Vorschriften auch bereits auf frühere Geschäftsjahre angewendet werden dürfen. Ausgenommen von dieser Regelung sind nach Satz 3 die Neufassungen des § 285 Nr. 16, des § 314 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2, des § 316 Abs. 2 Satz 2, des § 317 Abs. 4, des § 321 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, des § 325 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 2 sowie des § 341 Abs. 4 Satz 2 für die eine erstmalige Anwendung bereits für das laufende Geschäftsjahr 2002 vorgeschlagen wird. Werden neue Vorschriften auf frühere Geschäftsjahre angewendet, ist eine Anhangangabe nach § 313 Abs. 1 Nr. 1 HGB im Hinblick auf die angewandten Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden erforderlich.

Artikel 54 Abs. 2 soll entsprechend Artikel 27 Abs. 4 EGHGB sicherstellen, dass eine ergebnisneutrale Behandlung des Unterschiedsbetrags aus der erstmaligen Konsolidierung nach neuem Recht möglich ist.

**Zu Absatz 2** (§ 10 Abs. 1 KAGG)

**Stimmrechtsausübung für die Kapitalanlagegesellschaft**

In § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KAGG ist die Ausübung der Stimmrechte der Kapitalanlagegesellschaften aus in ihren Investmentfonds gehaltenen Aktien geregelt. Danach hat die Kapitalanlagegesellschaft das Sondervermögen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für Rechnung der Anteilsinhaber zu verwalten (Satz 1). Sie handelt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Depotbank und ausschließlich im Interesse der Anteilsinhaber, insbesondere auch bei der Ausübung der mit dem Sondervermögen verbundenen Stimm- und Gläubigerrechte (Satz 2). Sie soll das Stimmrecht aus Aktien von Gesellschaften mit Sitz im Inland im Regelfall selbst ausüben (Satz 3) und darf einen anderen zur Ausübung des Stimmrechts nur für den Einzelfall bevollmächtigen; dabei soll sie Weisungen für den Einzelfall erteilen (Satz 4). Die Änderung des § 10 Abs. 1 Satz 4 KAGG ermöglicht es den Kapitalanlagegesellschaften nunmehr, einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht nur für den Einzelfall, sondern auch dauerhaft zur Ausübung des Stimmrechts zu bevollmächtigen. Ziel dieser Deregulierung ist es, die Ausübung der mit dem Sondervermögen verbundenen Stimmrechte zu fördern und die Entwicklung eines Marktes für professionelle unabhängige Stimmrechtsvertreter zu unterstützen. Unabhängigkeit des Stimmrechtsvertreters bedeutet nicht, dass er von der Kapitalanlagegesellschaft unabhängig zu sein hat, sondern dass er über die Stimmrechtsausübung hinaus keine Eigeninteressen an der Zielgesellschaft, in der

[1] Der Regierungsentwurf eines Altfahrzeug-Gesetzes (AltfahrzeugG, Bundesratsdrucksache 1075/01) sieht die Anfügung eines Siebzehnten Abschnitts (Artikel 53 EGHGB-E) vor.

die Stimmen auszuüben sind, haben soll, und von dieser unabhängig ist – aber auch unabhängig ist von Dritten, insbesondere von Gesellschaftern der Kapitalanlagegesellschaft, welche ihrerseits anderweitige Interessen an der Stimmrechtsausübung haben könnten (insbesondere Kreditinstitute).

Die daraus folgende Zunahme einer informierten Stimmrechtsausübung durch spezialisierte Finanzdienstleister dient außerdem der Gewährleistung guter Corporate Governance. Die Möglichkeit, auch dauerhaft einen Stimmrechtsvertreter zur Ausübung des Stimmrechts zu bevollmächtigen, entbindet die Kapitalanlagegesellschaft freilich nicht von der mit der Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung verbundenen Verpflichtung, das Abstimmungsverhalten des Vertreters zum Beispiel durch allgemeine Richtlinien oder Abstimmungsvorgaben oder in besonderen Fällen auch durch konkrete Einzelweisungen zu lenken oder jedenfalls generell zu beobachten und zu kontrollieren.

Mit der Neufassung des Satzes 4 und der Einfügung des neuen Satzes 5 wird die Terminologie zugleich an die des Aktienrechts ( § 134 AktG) angepasst.

**Zu Absatz 3** (§ 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1 EGAktG)

**Übergangsvorschriften zu den die Rechnungslegung betreffenden Änderungen des Aktiengesetzes**

Artikel 3 Abs. 3 stellt in das Einführungsgesetz zum Aktiengesetz Übergangsvorschriften zu den in Artikel 1 Nr. 14, 17 bis 19, 21 und 26 vorgeschlagenen Änderungen des Aktiengesetzes ein, die im Wesentlichen eine Neustrukturierung der Regelungen über die Prüfung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat und über die Vorlage von Konzernabschluss und -lagebericht an die Hauptversammlung sowie die Einführung des Erfordernisses einer förmlichen Billigung des Konzernabschlusses durch Aufsichtsrat oder Hauptversammlung zum Gegenstand haben.

Das Erfordernis der Billigung des Konzernabschlusses soll für Geschäftsjahre ab 2002 gelten (Artikel 3 Abs. 3 Nr. 2 – § 14 Abs. 1 Satz 4 EGAktG-E). Die Neuregelungen hinsichtlich der Vorlage von Konzernabschluss und -lagebericht an die Hauptversammlung (Berücksichtigung des Regelungsgehalts der Absätze 2 und 3 des aufgehobenen § 337 AktG sowie des neuen Billigungserfordernisses im Rahmen des § 175 AktG) sind dementsprechend auf Hauptversammlungen anzuwenden, denen Konzernabschlüsse und -lageberichte für Geschäftsjahre ab 2002 vorzulegen sind (Artikel 3 Abs. 3 Nr. 1 – § 13 Abs. 1 Satz 2 EGAktG-E). Für vorher stattfindende Hauptversammlungen gilt das bisherige Recht fort (§ 13 Abs. 1 Satz 3 EGAktG-E).

Absatz 2 des aufgehobenen § 337 AktG findet weiterhin Anwendung auf den Konzernabschluss für das Geschäftsjahr, welches im Laufe des (Kalender-)Jahres 2002 beginnt (§ 13 Abs. 1 Satz 4 EGAktG-E). Diese Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass die in § 337 Abs. 2 Satz 2 AktG geregelte Situation – der Stichtag des Konzernabschlusses weicht vom Stichtag des Einzelabschlusses des Mutterunternehmens ab – letztmalig bei dem Konzernabschluss für das in 2002 beginnende Geschäftsjahr auftreten kann. Dies ergibt sich aus der Neufassung des § 299 Abs. 1 HGB durch Artikel 2 Nr. 6 und aus der zugehörigen Übergangsregelung in Artikel 54 Abs. 1 Satz 1 EGHGB-E (vgl. Artikel 3 Abs. 1 des Entwurfs).

**Zu Absatz 4** (§ 42a Abs. 4, § 87 GmbHG-E)

**Beschlussfassung über den Konzernabschluss im GmbH-Konzern**

Parallel zu der aufgrund der Empfehlung der Regierungskommission in Artikel 1 Nr. 14, 17 bis 19, 21 und 26 vorgesehenen Änderung des Aktiengesetzes wird auch im GmbH-Recht das Institut einer förmlichen Billigung des Konzernabschlusses eingeführt. Wegen der grundsätzlichen Zielsetzung darf auf die Begründung zu Artikel 1 Nr. 18 und 19 verwiesen werden.

Mit der Ausgestaltung des neuen § 42a Abs. 4 GmbHG-E wird auf die dominante Rolle der Gesellschafterversammlung in der Verfassung der GmbH Rücksicht genommen. Im Unterschied zur Hauptversammlung der Aktiengesellschaft können die GmbH-Gesellschafter daher auch eine vom Vorschlag der Geschäftsführung abweichende Fassung des Konzernabschlusses beschließen. Der neue § 87 GmbHG-E regelt die erstmalige Anwendung des neu gefassten § 42a Abs. 4.

## Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)

Es ist vorgesehen, dass das Gesetz am Tage nach der Verkündung in Kraft tritt. Dies gilt nicht für die Regelungen zur Bekanntmachung von Unternehmensmitteilungen im elektronischen Bundesanzeiger und zur Zugänglichmachung von Gegenanträgen, die erst zum 1. Januar 2003 kommen sollen und damit zwischen den Hauptversammlungssaisons. Im Hinblick auf die bilanzrechtlichen Änderungen enthalten das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuche, das Einführungsgesetz zum Aktiengesetz und das GmbH-Gesetz eigenständige Anwendungsregelungen (Artikel 3 Abs. 1, 3 und 4).

**Anlage 2**

## Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 774. Sitzung am 22. März 2002 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Abs. 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. **Zu Artikel 1 Nr. 2** (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 AktG)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob

   – die Beibehaltung der externen Gründungsprüfung in den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG erforderlich ist und bejahendenfalls

   – die in § 33 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AktG-E vorgeschlagene Formulierung „die Bestimmungen über die Gründungsprüfung finden sinngemäße Anwendung“ inhaltlich ausreichend ist.

   Begründung

   Durch die Neuregelung des § 33 Abs. 3 AktG-E wird vorgeschlagen, die ansonsten den gerichtlich bestellten Gründungsprüfern obliegende externe Gründungsprüfung von dem die Gründung beurkundenden Notar vornehmen lassen zu können, weil eine weitere Prüfung durch einen externen förmlichen Gründungsprüfer Zeit und Geld koste und zu einer Mehrfachprüfung derselben Umstände führe.

   Näher liegend und zielführender als eine Übertragung der Prüfung auf den Notar erscheint jedoch, die externe Gründungsprüfung in den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG gänzlich entfallen zu lassen.

   Ein externer Gründungsprüfer wird eventuelle Manipulationen durch die Gründungsmitglieder nicht besser aufdecken können als der ohnehin nach § 38 AktG prüfverpflichtete Registerrichter. Dabei sind die Prüfungsgegenstände der externen Gründungsprüfer auch nicht weiter gefasst als die des Registerrichters. Ebenso sind Erleichterungen für den Registerrichter durch die Hinzuziehung eines externen Gründungsprüfers nicht feststellbar. Vielmehr kann es durch die Einschaltung des externen Gründungsprüfers zu weiteren Verzögerungen kommen, wenn etwa dessen Gutachten nicht den Anforderungen genügt. Da durch das Registergericht ohnehin eine Überprüfung erfolgt, sollte überdacht werden, ob in den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AktG nicht auf die externe Gründungsprüfung verzichtet werden kann.

   Sofern an der externen Gründungsprüfung und deren Übertragung auf den Notar festgehalten wird, bedarf es einer näheren rechtlichen Qualifikation der Stellung des Notars. Die bislang in § 33 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AktG-E vorgesehene sinngemäße Anwendung der Bestimmungen über die Gründungsprüfung erscheint unklar und unzureichend.

   Dies gilt bereits deshalb, weil der Wortlaut der Bestimmung im Widerspruch zur Entwurfsbegründung steht. Nach der Einzelbegründung zu § 33 Abs. 3 AktG-E (S. 25) sollen die Bestimmungen über den Gründungsprüfer nur „teilweise“ sinngemäß angewandt werden. Als Beispiel einer anzuwendenden Norm benennt die Begründung § 35 Abs. 1 AktG. Der Wortlaut des Entwurfs hingegen lässt alle Bestimmungen über die Gründungsprüfung zur sinngemäßen Anwendung gelangen. Wenn aber nur einzelne Vorschriften gelten sollen, so müssen diese auch konkret im Entwurf und nicht in der Entwurfsbegründung benannt werden. Die derzeitige Fassung ist demzufolge unklar, provoziert Rechtsstreitigkeiten und bedarf bereits deshalb nochmaliger Prüfung.

   Ebenso verhält es sich mit den Ausführungen in der Entwurfsbegründung, wonach der Notar „kein förmlicher Gründungsprüfer“ sei. Was ein „Gründungsprüfer“ ist, definiert § 33 Abs. 2 AktG in einer Legaldefinition. Die dort festgelegten Voraussetzungen würde der Notar ebenfalls erfüllen, so dass er per Gesetz ebenfalls ein Gründungsprüfer im Sinne des § 33 Abs. 2 AktG wäre, auf den auch die sonstigen für Gründungsprüfer geltenden Vorschriften Anwendung fänden. Allein die Tatsache, dass der Notar nicht vom Gericht bestellt, sondern von den Gründern beauftragt werden soll, lässt seine Eigenschaft als Gründungsprüfer nicht entfallen, da die gerichtliche Bestellung keine aus der Legaldefinition folgende Voraussetzung für die Eigenschaft eines Gründungsprüfers ist. Will der Gesetzgeber dem Notar diese Stellung aber nicht beimessen, muss er ihn aus der Legaldefinition ausdrücklich herausnehmen oder aber die Legaldefinition ändern. Allein in der Entwurfsbegründung darzulegen, der Notar sei kein förmlicher Gründungsprüfer, genügt hierfür nicht.

   Resultierend aus der unklaren rechtlichen Stellung des Notars folgen weitere bislang ungeklärte Rechtsfragen, die einer gesetzlichen Lösung zugeführt werden sollten, um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden. Fraglich ist etwa, ob der prüfende Notar dieselben persönlichen Voraussetzungen erfüllen muss wie ein externer Gründungsprüfer (§ 33 Abs. 4, 5 AktG), ob der Notar nach § 19 BNotO oder nach § 49 AktG, § 323 Abs. 1 bis 4 HGB haftet, ob sich die Vergütung des Notars nach § 35 Abs. 3 AktG richtet oder die Kostenordnung einschlägig ist (letztere mit weiteren Folgeproblemen), ob bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Gründern und dem Notar Erstere die „vertragliche Bestellung“ aufkündigen und die Bestellung eines Gründungsprüfers bei Gericht beantragen können, ob die Übernahme der Prüfung durch den Notar für diesen ein genehmigungspflichtiges Nebengeschäft ist und ob der Notar wegen der Prüfung bei weiteren Beurkundungsvorgängen von einer Mitwirkung ausgeschlossen ist.

   Der allgemeine und zudem wegen der Entwurfsbegründung unklare Verweis auf die Bestimmungen über die Gründungsprüfung erscheint insoweit nicht ausreichend und sollte deshalb nochmals geprüft werden.

2. **Zu Artikel 1 Nr. 5 Buchstabe a** (§ 90 Abs. 1 AktG)

   Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob bei der in § 90 Abs. 1 AktG-E vorgesehenen „Follow-up“-Berichterstattung und der Berichterstattung über Tochter- und Gemeinschaftsunternehmen klarer festgelegt werden sollte, dass nicht nur über eine Änderung früher formulierter Ziele, sondern auch über das Erreichen der bisher festgesetzten Ziele berichtet werden muss.

   Begründung

   Die gesetzliche Regelung der „Follow-up“-Berichterstattung wird begrüßt. Wie die Entwurfsbegründung zutreffend ausführt, setzt die ordnungsgemäße Überwachung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat voraus, dass auch Informationen über das Erreichen angekündigter Ziele gewährt werden. Die Berichterstattung ist insoweit zukunfts- und vergangenheitsbezogen (vgl. Begründung S. 29). Diese zutreffende Aussage findet aber in dem Text des § 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG-E keinen Niederschlag, da hiernach nur auf „Abweichungen von den früher berichteten Zielen“ einzugehen ist.

3. **Zu Artikel 1 Nr. 12** (§ 125 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 3a – neu – AktG),
   **Nr. 13** (§ 126 Abs. 1, 2 Satz 1, 2 AktG),
   **Nr. 13a** – neu – (§ 127 Satz 3 AktG)

   Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

   a) Nummer 12 ist wie folgt zu fassen:

      ‚12. § 125 wird wie folgt geändert:

      a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

         aa) In Satz 1 wird das Komma nach den Wörtern „die Einberufung der Hauptversammlung“ durch das Wort „und“ ersetzt und die Wörter „und etwaige Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären einschließlich des Namens des Aktionärs, der Begründung und einer etwaigen Stellungnahme der Verwaltung“ werden gestrichen.

         bb) In Satz 3 wird nach den Wörtern „einem Vorschlag zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern“ die Angabe „gemäß § 124 Abs. 3 Satz 1“ eingefügt.

      b) Nach Absatz 3 wird folgender Absatz 3a eingefügt:

         „(3a) Etwaige Anträge und Wahlvorschläge von Aktionären, einschließlich des Namens des Aktionärs, der Begründung und einer etwaigen Stellungnahme der Verwaltung sind den in den Absätzen 1 bis 3 genannten Berechtigten unter den dortigen Voraussetzungen zugänglich zu machen.“ ‘

   b) Nummer 13 ist wie folgt zu ändern:

      aa) In Buchstabe a § 126 Abs. 1 sind die Wörter „den anderen Aktionären“ durch die Angabe „nach § 125 Abs. 3a“ zu ersetzen.

      bb) Buchstabe b § 126 Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

         ‚b) Absatz 2 wird wie folgt geändert:

         aa) Satz 1 wird wie folgt geändert:

            aaa) Das Wort „mitgeteilt“ wird jeweils durch die Wörter „zugänglich gemacht“ ersetzt.

            bbb) In Nummer 1 werden die Wörter „die Mitteilung“ durch die Wörter „das Zugänglichmachen“ ersetzt.

            ccc) In Nummer 7 wird das Wort „mitgeteilten“ durch die Wörter „übersandten und zugänglich gemachten“ ersetzt.

         bb) Satz 2 wird gestrichen.‘

   c) Nach Nummer 13 ist folgende Nummer 13a einzufügen:

      ‚13a. In § 127 Satz 3 wird das Wort „mitzuteilen“ durch die Wörter „zugänglich zu machen“ ersetzt und nach dem Wort „und“ werden die Wörter „bei börsennotierten Gesellschaften die Angaben nach“ eingefügt.‘

   Begründung

   Die Änderungsvorschläge dienen im Wesentlichen der Umsetzung des nach der Entwurfsbegründung Gewollten.

   Die Änderungen in § 125 AktG bezwecken die Umwandlung der bisherigen Mitteilungspflicht für Anträge und Wahlvorschläge der Aktionäre in die gewollte Pflicht auf Zugänglichmachung.

   Anträge und Wahlvorschläge werden – entsprechend der Entwurfsbegründung zu § 126 Abs. 1 AktG-E (S. 49) „Die Neuerung gilt für Anträge nach § 127 AktG entsprechend.“ – gleich behandelt, indem auch die Mitteilungspflicht für Wahlvorschläge der Aktionäre in § 125 Abs. 1 Satz 1 AktG gestrichen wird. Der Gesetzentwurf ist insoweit unklar, weil danach lediglich die Mitteilungspflicht für Anträge, nicht aber für Wahlvorschläge der Aktionäre in § 125 Abs. 1 Satz 1 AktG gestrichen werden soll, dennoch über § 127 AktG der § 126 AktG-E hätte Anwendung finden sollen. Die dadurch entstehenden Unstimmigkeiten zwischen Mitteilungspflicht nach § 125 AktG-E für Wahlvorschläge einerseits und lediglich Zugänglichmachung nach den §§ 127, 126 AktG-E andererseits behebt der Gesetzentwurf nicht.

   Die Pflicht zur Zugänglichmachung sollte in einem eigenständigen § 125 Abs. 3a AktG geregelt werden.

   Damit wird zum einen deutlich, dass es sich gerade nicht um eine Mitteilungspflicht handelt, auf die sich § 125 Abs. 1 bis 3 AktG-E bezieht.

   Zum anderen wird aber auch klargestellt, dass alle in § 125 Abs. 1 bis 3 AktG genannten Berechtigten Zugriff auf die zugänglich gemachten Dokumente haben sollen. Warum nur eine Zugänglichmachung gegenüber „den anderen Aktionären“ (so der Gesetzentwurf) erfolgen soll, ist unklar. Konsequenz der Regelung im Entwurf wäre, dass zum Beispiel Aufsichtsratsmitglieder, die nicht zugleich Aktionäre sind, keinen Zugriff mehr hätten, obwohl sie nach der alten Gesetzeslage unter bestimmten Voraussetzungen die Dokumente sogar übersandt bekommen hätten. Eine Einschränkung des Kreises der Berechtigten sollte unterbleiben, zumal hierfür keine sachlichen Gründe gegeben sind.

Des Weiteren stellt der hier vorgeschlagene § 125 Abs. 3a AktG eine Pflicht zur Zugänglichmachung auf. Der Gesetzentwurf, der sich für Anträge der Aktionäre allein mit der Neuregelung des § 126 AktG-E begnügen will, enthält eine solche Pflicht nicht, sondern nur die in § 126 AktG-E vorgesehene Einschränkung und ist deshalb unklar.

Schließlich ermöglicht die Formulierung in einem neuen § 125 Abs. 3a AktG auch eine Darstellung, mit welchem Inhalt Anträge und Wahlvorschläge zugänglich zu machen sind. Jedenfalls für Anträge der Aktionäre enthält der Gesetzentwurf insoweit keine Regelung.

Die vorgeschlagene Änderung in § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG dient lediglich der Klarstellung. Bereits aus der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG ergibt sich, dass sich die dort normierte Mitteilungspflicht nur auf Wahlvorschläge des Aufsichtsrats nach § 124 Abs. 3 Satz 1 AktG bezieht (vgl. Bundestagsdrucksache 13/9712, S. 17), weil man in diesen Fällen eine Aufnahme der dortigen Angaben in die Bekanntmachung zur Tagesordnung für zu kostenträchtig hielt. Auf die Wahlvorschläge der Aktionäre nach § 127 AktG bezog sich die Vorschrift hingegen nicht, so dass sich auch aus der Herausnahme der Wahlvorschläge aus der Mitteilungspflicht keine Folgeänderungen ergeben. Dass bei Wahlvorschlägen der Aktionäre die Angaben nach § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG dennoch erforderlich sind, ergibt sich aus § 127 Satz 3 AktG. Im Falle der Mitteilung dieser Angaben im Wahlvorschlag des Aktionärs sind diese Angaben Bestandteil der Begründung und demzufolge auch ohne die Regelung des § 125 Abs. 1 Satz 3 AktG oder eine ähnliche Regelung zugänglich zu machen.

Die vorgeschlagenen Änderungen des § 126 Abs. 1 AktG gehen auf den Gesetzentwurf der Bundesregierung zurück und passen diesen lediglich den hier vorgeschlagenen Änderungen des § 125 AktG an.

Ebenso verhält es sich mit den Vorschlägen zu § 126 Abs. 2 AktG. Die im Gesetzentwurf vorgeschlagenen Folgeänderungen wegen der Ersetzung der Mitteilungspflicht durch eine Pflicht zur Zugänglichmachung sind nicht vollständig und bedürfen deshalb der vorgeschlagenen Ergänzung.

Die Streichung des § 126 Abs. 2 Satz 2 AktG wird deshalb vorgeschlagen, weil diese Norm gerade Korrelat der Mitteilungspflicht ist. Durch die dort enthaltene faktische Begrenzung der Begründung eines Antrages oder Wahlvorschlages des Aktionärs auf 100 Wörter sollten die Kosten für die Mitteilung gering gehalten werden. Bei einer bloßen Zugänglichmachung (elektronischer Weg genügt) besteht für eine solche Regelung keine Rechtfertigung mehr.

Die Änderungen des § 127 AktG sind Folgeänderungen oder dienen der Klarstellung.

4. **Zu Artikel 1 Nr. 13 Buchstabe a** (§ 126 Abs. 1 AktG)

In Artikel 1 Nr. 13 Buchstabe a § 126 Abs. 1 sind die Wörter „eine Woche“ durch die Wörter „zwei Wochen“ zu ersetzen.

Begründung

Die vorgesehene Verlängerung der Frist für die Übersendung von Gegenanträgen kann dazu führen, dass der eigentliche Zweck dieses Aktionärsinstruments, andere Aktionäre für das im Gegenantrag formulierte Anliegen und ein gleich gerichtetes Stimmverhalten zu gewinnen, gerade bei größeren Publikumsgesellschaften verfehlt wird. Sowohl bei Gesellschaften mit Inhaberaktien als auch bei solchen mit Namensaktien erhalten die Aktionäre bislang und auf absehbare Zeit auch weiterhin mit den Einberufungsunterlagen für die Hauptversammlung auch Anmelde- und Weisungsvordrucke auf postalischem Weg. Der Großteil der Rückmeldungen derjenigen Aktionäre, die an der Hauptversammlung nicht selbst teilnehmen, setzt erfahrungsgemäß zwei Wochen nach Versand dieser Unterlagen ein, so dass dann auch die Weisungen für die Abstimmung des Bevollmächtigten in der Hauptversammlung bereits erteilt sind.

Bei der vorgesehenen Fristerleichterung ist deshalb zu befürchten, dass Gegenanträge allein deshalb aussichtslos sind, weil nicht mehr genügend Aktionäre frühzeitig genug von ihnen Kenntnis nehmen und ihr Stimmrechtsverhalten ggf. darauf abstellen. Außerdem stellen derart kurzfristig vor der Hauptversammlung erfolgende Modifikationen des Stimmrechtsverhaltens große Publikumsgesellschaften mit zum Teil mehreren zehn- bis hunderttausend schriftlichen Vollmachten mit Weisungen vor kaum mehr rechtzeitig zu bewältigende praktische Probleme.

Um dies zu vermeiden, sollte die Frist für die Stellung eines Gegenantrags gegenüber der im Entwurf vorgesehenen Frist so verlängert werden, dass er statt eine Woche spätestens zwei Wochen vor der Hauptversammlung übersandt sein muss.

5. **Zu Artikel 1 Nr. 22** (§ 186 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 AktG)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob § 186 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 AktG wie folgt neu gefasst werden sollte:

„Der Vorstand hat dieses Bezugsangebot mit den Angaben gemäß Absatz 2 Satz 1 und einen endgültigen Ausgabebetrag gemäß Absatz 2 Satz 2 bekannt zu machen;“.

Begründung

Der Entwurf lässt bei der Kapitalerhöhung durch Ausgabe neuer Aktien in § 186 Abs. 2 AktG-E eine im Vergleich zum geltenden Recht flexiblere Ausgabepreisangabe der Gesellschaft zu. Der Ausgabebetrag ist erst drei Tage vor Ablauf der Bezugsfrist bekannt zu machen. Dies erscheint aus den in der Entwurfsbegründung näher aufgeführten Gründen sachgerecht. Viele Kapitalerhöhungen mit Bezugsrecht werden jedoch gemäß § 186 Abs. 5 AktG über die dort genannten Institute und Unternehmen abgewickelt. Es erscheint daher folgerichtig, die Änderungen in § 186 Abs. 2 AktG-E auch auf § 186 Abs. 5 AktG zu übertragen.

**Anlage 3**

## Gegenäußerung der Bundesregierung

**Zu Nummer 1 –** Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2, Abs. 3 AktG)

Der Bundesrat bittet um Prüfung der Entwurfsregelung mit dem Ziel, in den dort behandelten Fällen künftig ganz auf eine zusätzliche Gründungsprüfung zu verzichten. Ferner soll geprüft werden, ob die Verweisungsregelung ausreichend ist. Die Bundesregierung hat die erbetene Prüfung bereits vorgenommen und spricht sich gegen eine sachliche, aber für eine klarstellende Änderung des Entwurfs aus.

Der Entwurf bringt bei der Gründung kleiner Aktiengesellschaften eine Deregulierung, indem anstelle der externen (teuren, langwierigen) Gründungsprüfung der beurkundende Notar die Prüfung gleich mit erledigen kann. Die vorgeschlagene Bestimmung geht auf eine Empfehlung der Regierungskommission „Corporate Governance“ zurück (Seite D6.47, Rn. 328 f.). Ein völliger Verzicht auf eine Gründungsprüfung ist nach Auffassung der Bundesregierung nicht wünschenswert. Diese dient gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 AktG auch der Sicherstellung der Kapitalaufbringung und Prüfung von Sondervorteilen für Aktionäre oder Dritte. Der von der Regierungskommission vorgeschlagene Weg der Erleichterung ist vorzugswürdig und bringt zugleich den betroffenen Gründern eine erhebliche Verfahrensvereinfachung.

Bereits nach dem Wortlaut des Regierungsentwurfs ist deutlich, dass der Notar kein Gründungsprüfer im Sinne von § 33 Abs. 2 AktG ist. Deshalb sollen gemäß § 33 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AktG-E die Bestimmungen über die Gründungsprüfung nur sinngemäß angewendet werden. Diese Verweisung ist im Übrigen einer zu detaillierten Regelung im Gesetz vorzuziehen. Sie ist flexibel und begrenzt den gesetzlichen Regelungsaufwand.

Klarstellend – und um dem Petitum des Bundesrats zu entsprechen – könnte die Bestimmung aber wie folgt gefasst werden:

„(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 und 2 kann der beurkundende Notar (§ 23 Abs. 1 Satz 1) anstelle eines Gründungsprüfers die Prüfung im Auftrag der Gründer vornehmen; ...“.

**Zu Nummer 2 –** Zu Artikel 1 Nr. 5 Buchstabe a (§ 90 Abs. 1 AktG)

Die Bundesregierung ist der Prüfbitte des Bundesrates nachgegangen und stimmt einer Klarstellung im Sinne des Bundesrates zu. Die Entwurfsformulierung zu § 90 Abs. 1 AktG könnte wie folgt ergänzt werden:

„, wobei auf Abweichungen der tatsächlichen Entwicklung von früher berichteten Zielen einzugehen ist“.

Das vom Entwurf Gewollte kommt so klarer zum Ausdruck.

**Zu Nummer 3 –** Zu Artikel 1 Nr. 12 (§ 125 Abs. 1 Satz 1, 3, Abs. 3a – neu – AktG), Nr. 13 (§ 126 Abs. 1, 2 Satz 1, 2 AktG), Nr. 13a – neu – (§ 127 Satz 3 AktG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag überwiegend zu. Es geht dabei vor allem um technische Verbesserungen, die zu begrüßen sind und das mit dem Entwurf Gewollte weiter abrunden.

Der vorgeschlagenen Änderung in § 125 Abs. 1 Satz 1 wird zugestimmt, die Änderung von Satz 3 erscheint nicht erforderlich. Der vorgeschlagenen Einfügung eines Absatzes 3a in § 125 wird nicht zugestimmt; man kann das Gewollte aber in § 126 Abs. 1 zum Ausdruck bringen. Der vorgeschlagenen Änderung von § 126 Abs. 1 mit dem Bezug auf einen neuen Absatz 3a in § 125 AktG kann dementsprechend nicht gefolgt werden. Der Änderung des § 126 Abs. 2 Satz 1 einschließlich der dortigen Nummer 1 wird zugestimmt. Der Änderung der Nummer 7 wird nicht zugestimmt, weil sich dort der Begriff „mitteilen“ auf einen anderen Sachverhalt bezieht. Der Streichung des § 126 Abs. 2 Satz 2 AktG wird nicht zugestimmt, allerdings kann man bei elektronischer Zugänglichmachung in der Tat sehr viel großzügiger sein, was den Umfang des Gegenantrags betrifft; vorgeschlagen werden 5 000 Zeichen. Der Änderung des § 127 Satz 3 AktG wird hinsichtlich des Wortes „mitzuteilen“ zugestimmt, im Weiteren wird dem Vorschlag nicht gefolgt. Bisher sind keine Missverständnisse der Norm bekannt geworden. Einer Klarstellung bedarf es daher nicht.

**Zu Nummer 4 –** Zu Artikel 1 Nr. 13 Buchstabe a (§ 126 Abs. 1 AktG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.

**Zu Nummer 5 –** Zu Artikel 1 Nr. 22 (§ 186 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 1 AktG)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag zu.



Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 13 20, 53003 Bonn, Telefon (02 28) 3 82 08 40, Telefax (02 28) 3 82 08 44
ISSN 0722-8333